

# UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

*“LA DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO”*

Monografía previa a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.

## **AUTORA**

PRISCILA ADRIANA GUERRA ESTÉVEZ

C.I. 0105754691

## **DIRECTOR**

DOCTOR MARCO ANTONIO MACHADO CLAVIJO

C.I. 0101410009

CUENCA – ECUADOR

2017



## **RESUMEN**

En el trabajo de monografía que a continuación se presenta, se realiza un estudio de la desviación de poder como vicio del acto administrativo. Se abordará las diferentes corrientes y teorías que la sustentan; su concepción actual a la luz de los principios jurídicos y los fines públicos en el marco del Estado constitucional de derechos y justicia; su sustento como herramienta de control de la administración pública; los desafíos que se presentan en torno al control judicial de la desviación de poder; y, la variación en su naturaleza y efectos con la normativa que se pretende expedir, que la considera como un vicio que genera nulidad de pleno derecho por afectar el elemento finalidad considerado esencial para la validez del acto administrativo, a diferencia del derecho vigente que la considera como causa de anulabilidad. Además, serán expuestos y comentados casos prácticos en donde se configura jurídicamente la desviación de poder, especialmente en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

### **PALABRAS CLAVES:**

Desviación de poder. Acto administrativo. Fin público. Nulidad de pleno derecho. Anulabilidad. Administración pública.



## **ABSTRACT**

This monographic carries out a study about the deviation of power as vice of the administrative act. It will address the different currents and theories underpinning it; its current from in the light of the legal principles and public purposes within the framework of the constitutional state of rights and justice; its livelihood as a tool of control of the public administration; the challenges that arise around the judicial control of the deviation of power; and, the variation in its nature and effects with the regulations its aims to issue, wich considers it as a vice that generates nullity of plain right for affecting the element purposefully considered essential for the validity of the administrative act, in contrast of the existing laws that considered it as cause of the violability. In addition, practical cases of the deviation of power in the exercise of administrative functions will be exposed and commented on.

## **KEY WORDS:**

Deviation of power. Administrative act. Public purpose. Nullity of plain rigth. Violability. Public administration.



## ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN .....	1
ABSTRACT .....	2
CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR .....	6
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL .....	7
DEDICATORIA .....	8
AGRADECIMIENTOS .....	9
Introducción .....	10
Método utilizado para las citas bibliográficas .....	12
CAPÍTULO I .....	13
La administración pública y el acto administrativo .....	13
1. Datos históricos .....	13
2. La Administración Pública .....	15
2.1. Concepto .....	15
2.2. La relativa extensión a la totalidad de poderes públicos .....	17
3. El acto administrativo .....	19
3.1. Concepto .....	19
3.2. Elementos del acto administrativo .....	23
3.2.1. Competencia .....	25
3.2.2. El objeto .....	26
3.2.3. Voluntad .....	27
3.2.4. La forma .....	29
3.2.5. Motivación .....	30
3.2.6. Elemento subjetivo .....	31
4. Particularidades de la nulidad en el ámbito del Derecho Administrativo ...	32



5. Nulidad de pleno derecho .....	33
6. Anulabilidad .....	37
7. Efectos de la declaración de nulidad o anulabilidad del acto administrativo .....	39
CAPÍTULO II .....	42
La desviación de poder .....	42
1. Origen y sentido de la institución jurídica .....	42
2. Definición .....	43
3. La causa jurídica y la causa natural de los actos administrativos .....	45
4. El fin y el fin público, relación con la desviación de poder .....	46
5. La desviación de poder considerada como ilícito atípico: importancia de los principios en la definición de la conducta ilícita .....	50
6. Carácter subjetivo u objetivo de la desviación de poder .....	54
7. Requisitos para la configuración de la desviación de poder .....	56
CAPÍTULO III .....	58
La desviación de poder en el Ecuador y en el derecho comparado .....	58
1. Fundamento constitucional .....	58
2. La desviación de poder en el ordenamiento jurídico ecuatoriano .....	60
3. El proyecto de Código Orgánico Administrativo, transformación de los efectos jurídicos de la desviación de poder .....	64
4. ¿Debe o no convalidarse el acto administrativo que adolece de desviación de poder? Análisis jurídico en base al criterio jurisprudencial y doctrinal .....	67
5. El control judicial de la desviación de poder. Relación a lo establecido en el Código Orgánico General de Procesos .....	71
5.1. El proceso contencioso administrativo .....	75
5.2. Los desafíos probatorios .....	78
6. La desviación del fin por el que la potestad fue concedida. Criterios al respecto .....	84



7. Desviación de poder en el derecho comparado .....	88
CAPÍTULO IV.....	90
Casos de desviación de poder, análisis jurisprudencial crítico-jurídico.....	90
1. Aspectos generales .....	90
2. Desviación de poder en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa	92
3. Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador y caso RCTV vs. Venezuela. Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	101
4. Estudio jurídico-crítico del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública con fines recaudatorios .....	106
Conclusiones .....	112
Recomendaciones .....	116
Bibliografía .....	118



## CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR



Universidad de Cuenca  
Clausula de derechos de autor

---

*Priscila Adriana Guerra Estévez* autora de la monografía "LA DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, Febrero de 2017

Priscila Adriana Guerra Estévez

C.I: 0105754691



## CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca  
Clausula de propiedad intelectual

---

*Priscila Adriana Guerra Estévez* autora de la monografía "LA DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Febrero de 2017

Priscila Adriana Guerra Estévez

C.I: 0105754691





## DEDICATORIA

El presente trabajo de titulación es dedicado a mi familia a la que adoro y es la razón de mi existencia.

A mi padre, Esteban, por haber guiado mis pasos desde tiernas edades, por los sacrificios que cada día hace por nosotros, él ha sido mi inspiración para elegir la profesión que ahora culmino.

A mi madre, Adriana, quien ha sido el mejor ejemplo de que con constancia y esfuerzo somos capaces de conseguir las metas propuestas, agradezco su respaldo en cada una de mis decisiones.

A mis hermanos Juan y María Belén, por alegrar cada uno de mis días y ser parte de este sueño que pretendemos materializar.

A mi abuelita Gloria, por haber sido un ser humano excepcional y haber inundado de amor cada momento que compartí con ella, por siempre estará en mi corazón.

A mis sinceros amigos, gracias por ser parte de mis mejores experiencias durante la vida universitaria.



## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a Dios, por haberme protegido y otorgado la valentía para asumir esta profesión en defensa de las personas que lo necesitan.

A la Universidad de Cuenca, por ser la fuente de conocimiento de todos quienes aspiramos una sociedad mejor.

A los docentes de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, quienes con su experiencia y sabiduría han inspirado nuestro desarrollo a lo largo de la carrera universitaria.

A mi Director de trabajo de titulación, Doctor Marco Machado Clavijo, por su valioso aporte en el desarrollo de esta monografía, pero sobre todo por ser ejemplo de integridad y de lucha siempre que exista una causa justa.

A mi padre, que como profesional del derecho, ha colaborado inmensamente en la elaboración de esta investigación.



## INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República establece en el artículo 227 que: “la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”. Dentro del Estado la administración pública se manifiesta a través de una pluralidad de entidades y órganos, que ejercen funciones administrativas concedidas por la Constitución y la ley, con el objetivo de precautelar los intereses generales. Los actos administrativos deben cumplir con ciertos elementos que son necesarios para su validez. En caso de que no se verifique su cumplimiento podrían ocasionar la nulidad de pleno derecho del acto, esto cuando el vicio es inconvalidable; o, la anulabilidad en caso de que el vicio admita convalidación. La desviación de poder, está considerada en nuestra legislación dentro de la categoría de vicios que causa anulabilidad.

Esta institución jurídica es imprescindible en el derecho de un Estado constitucional, porque permite el control del uso de los poderes públicos conforme a los principios jurídico-constitucionales y a los fines públicos. El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, recogen esta figura jurídica, sin embargo no establecen su alcance y contenido.

El proyecto de Código Orgánico Administrativo, que pretende ser una norma general en materia de derecho administrativo, disperso en la actualidad en normas de carácter secundario, es uno de los proyectos más trascendentes que se encuentra en proceso de debate legislativo. Se propone dentro de este proyecto, como uno de los requisitos esenciales del acto administrativo el cumplimiento de los fines por los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide, estableciendo la desviación de poder como el primer vicio de nulidad del acto administrativo con carácter de inconvalidable, dotándole de una especial importancia como mecanismo de control de la administración pública.



Es importante realizar una investigación de esta institución jurídica, para determinar las diferentes corrientes y teorías que la sustentan; su concepción actual a la luz de los principios, los fines públicos y los derechos; su sustento como herramienta de control de la administración pública; la variación en su naturaleza y efectos con la normativa que se pretende expedir; los desafíos que presenta como el desconocimiento, la perspectiva estrictamente positivista, las dificultades probatorias, la falta de motivación, interpretación -en especial la teleológica- y ejercicio cabal del control judicial, entre otros. Se espera poder contribuir al conocimiento de los servidores públicos que actúan en ejercicio de funciones administrativas, para que expidan actos administrativos que gocen de validez y legitimidad, cumplan con los fines públicos y los principios jurídicos que los justifican; que los administrados puedan a través de esta institución jurídica hacer efectivo el cumplimiento de los fines públicos establecidos constitucional y legalmente, así como proteger sus derechos frente a actos con aparente legitimidad. Sin embargo, la tarea fundamental corresponde a los administradores de justicia, quienes en base al principio de checks and balances [pesos y contrapesos] deben ejercer el control judicial de los actos de la administración pública acorde con los fines públicos.

Serán abordados casos prácticos en los que se configura jurídicamente la desviación de poder, especialmente en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa; la resolución del caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador y del caso RCTV vs. Venezuela de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; para finalizar con un estudio jurídico-crítico del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública con fines recaudatorios.



## **MÉTODO UTILIZADO PARA LAS CITAS BIBLIOGRÁFICAS**

El método utilizado para cita de las fuentes bibliográficas, es el recogido en el Manual de Estilo de Publicaciones APA, sexta edición, de la American Psychological Association que fue realizado para los escritores, editores, estudiantes y educadores en las ciencias sociales y del comportamiento. Las normas APA son una de las más empleadas internacionalmente (APA, 2010).

“Están concebidas para la presentación de artículos científicos, (...) como ensayos o tesis de grado. De igual manera, es importante destacar que para el adecuado uso de la norma es necesario tener en cuenta los lineamientos de la Real Academia Española (RAE)” (Centro de Escritura Javeriano, 2015).

La cita bibliográfica es “la expresión parcial de ideas o afirmaciones incluidas en un texto con referencia precisa de su origen o fuente y la consignación dentro de la escritura del texto. En el estilo APA se utilizan paréntesis dentro del texto en lugar de notas al pie de página o al final del texto” (Centro de Escritura Javeriano, 2015, p. 5). La cita puede ser textual o parafraseada. Ambas pueden hacerse, dependiendo el caso, en base al autor o al texto.

En las citas textuales “es necesario incluir el apellido del autor, el año de publicación y la página” (p. 5). Si la cita textual está basada en el texto, significa que el autor tiene un rol secundario respecto de la idea o teoría que se cita y los tres datos requeridos se ubicarán al final de la cita. Si la cita está basada en el autor, su apellido y año de publicación se ubican al inicio de la cita y la página al final. En las citas de parafraseo se hace uso de las ideas del autor, pero con la expresión propia del que elabora el texto; en este tipo de cita solo se consignan dos datos: el apellido del autor y el año de publicación; si la cita de parafraseo está basada en el autor se nombrarán al inicio de la cita y si tiene más relevancia el texto, al final (Centro de Escritura Javeriano, 2015).

Por los motivos antes expuestos, pienso que las normas APA son el método más adecuado para la cita de las fuentes bibliográficas en el presente proyecto de investigación.



## CAPÍTULO I

### LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ACTO ADMINISTRATIVO

#### 1. Datos históricos

Las formas de organización humana, han evolucionado hasta llegar a una de las más avanzadas: el Estado.

“El Estado se instituye a través de un colectivo organizado dentro de un espacio físico, quien vía la Constitución –punto de partida del ordenamiento jurídico-, reconoce que el titular del poder es el pueblo, pero que a su vez, éste, delega su ejercicio a personas físicas bajo esferas jurídicas perfectamente definidas y delimitadas para que sean ellas quienes expresen y manifiesten la voluntad de la nueva persona jurídica que es la Corporación” (Moreno, 2014, p. 278).

El Estado, como sujeto de derecho con personalidad jurídica, puede actuar en las esferas pública y privada; adquiriendo derechos y obligaciones. El poder estatal es uno solo, pero para efectos de su ejercicio, se ha realizado una “división de poderes”, según la designación clásica, hoy división de “funciones” (en Ecuador: Ejecutiva, Legislativa, Judicial, de Transparencia y Control Social y Electoral), por un parte; y, por otra, se ha dado una separación de órganos.

“El poder del Estado es conferido por el pueblo a través del ordenamiento jurídico, en el que le otorga prerrogativas “de forma expresa o razonablemente implícita (...), pues no existen “potestades” que se suponen apriorísticamente pertenecientes al Estado, antes o por encima de un orden jurídico positivo” (Gordillo, 2015, p. XII-2).

En un estado de derecho, las entidades y órganos públicos, así como los particulares deben estar sometidos al orden jurídico vigente, para garantizar los principios de legalidad y seguridad jurídica, así como, los derechos de los administrados. No es admisible la existencia de un monarca absoluto que haga su voluntad, sin legitimar el uso del poder.



“Desde la edad antigua hasta el siglo XV: “policía” designaba el total de las actividades estatales; en la organización griega de la polis (ciudad-Estado), el termino significaba actividad pública o estatal, y se mantuvo en esta significación a pesar de la desaparición de la polis” (Gordillo, 2015, p. XII-4).

Posteriormente se separaron de la definición las relaciones internacionales, la justicia, las finanzas públicas. El concepto de poder de policía se refería a las potestades estatales que tenía el Estado para asegurar la libertad y la seguridad, y que para ello se valía de su poder ordenador y coaccionador, dentro de un modelo liberal donde el bienestar de los ciudadanos les correspondía conseguir a ellos mismos. El llamado poder de policía formó parte de la función ejecutiva, sin embargo, con el pasar del tiempo se manifestó que más propiamente, es parte de la función administrativa, independientemente del órgano que la ejerza y que se trata de la “coacción estatal actual o virtual aplicada por alguno de sus órganos sobre los particulares para la consecución de determinados objetivos del bien común u orden público” (Gordillo, 2015, p. XII-12). El Estado de bienestar, a través de la administración pública se encargó de velar por otras necesidades sociales como: la salud pública, la educación pública, la seguridad social, la tranquilidad pública, la confianza pública, la economía pública, la estética pública, el decoro público, entre otros aspectos, que desbordaron el concepto de poder de policía, por lo que actualmente se prefiere hablar de función administrativa, siendo el poder de policía parte de ésta.

A partir de la Revolución Francesa, se generaron construcciones racionalistas acerca de la concepción del Estado y de la administración pública.

Rivero afirma que “las leyes administrativas y las bases del régimen administrativo fueron casi totalmente renovadas. (...) Las leyes administrativas van a nacer sin plan preconcebido a medida que los Gobiernos van juzgándolas necesarias para organizar determinados servicios públicos y, por ello, son esencialmente pragmáticas, limitándose a descubrir el mecanismo administrativo cuya creación

parece necesaria o un procedimiento imprescindible para la acción administrativa” (Parada, 2012, p. 86).

Las primeras leyes administrativas surgieron por la necesidad de regular casos concretos y se encontraban dispersas, sin que exista codificación como en el caso del Derecho Civil o del Derecho Penal, a principios del siglo XIX.

“En este nuevo pacto político, el individuo ya no es súbdito, sino ciudadano, habitante, administrado. La necesidad de diálogo entre el ciudadano y el Estado obedece a la concepción constitucional de la posición del ciudadano, (...) con las dos reformas, la del Estado y la de la Constitución, hay más frecuentes relaciones jurídicas entre ambos protagonistas (...); esas relaciones jurídicas consisten en derechos y obligaciones recíprocamente articulados entre sí, de los que participan en ellas” (Dromi, 2001, p. 53).

“El Estado administrador [actualmente] es el que ejecuta directa o indirectamente y deja ejecutar prestaciones y servicios públicos. Es el que ejerce por sí o a través de organizaciones sociales, asociaciones intermedias o sujetos privados, la función administrativa, entendida como actividad de gestión y servicio encaminada hacia la finalidad del bienestar general. Esa función cumple la administración pública estatal y no estatal para materializar los cometidos que le imponen el orden político (Estado orientador) y que se expresan a través del ordenamiento jurídico (Estado regulador)” (p. 60).

## **2. La Administración Pública**

### **2.1. Concepto**

Etimológicamente administración proviene de las raíces latinas *ad ministrare*, *ad* significa “a” y *ministrare* “servir”. Procede también de la contracción “Ad manus trahere que significan manejo, gestión” (Moreno, 2014, p. 45). Por tanto, al referirnos al término administración hacemos referencia a “la gestión de intereses o asuntos, que están encaminados a un fin, en otras palabras, es la gestión de medios, acción o servicio encaminado a una





finalidad” (Durán, 2006, p. 10). En relación al Estado, administración es “un proceso sistemático y metódico de carácter científico, técnico y jurídico que consiste en dirigir las funciones administrativas de los organismos, instituciones y entidades del Estado para llegar a obtener resultados previstos, planeados y programados” (Jaramillo, 2013, p. 117). Por otra parte, la palabra público tiene como origen latino el vocablo *publicus* y éste a su vez proviene de la palabra *pupulicus*, que significa hacerlo visible para el pueblo.

En ese marco, Ossorio (1981), afirma que: “La administración pública es la actividad administrativa de los órganos del Estado, en todas sus escalas o jerarquías. (...) Sus actividades son las que regula el Derecho Administrativo” (p. 46). La Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 227 que la administración pública “constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”, es así que, nuestra Constitución es fiel al sentido etimológico de las palabras, al definir a la administración pública como un servicio a la colectividad, el cual se ejecuta a través de las herramientas de planificación, organización, dirección, control, y evaluación del proceso administrativo; con recursos humanos, financieros, físicos y tecnológicos; y, realizando actos, hechos, contratos y normas reguladoras de carácter legal (Jaramillo, 2013).

Se considera que la administración pública está constituida por “personas jurídicas y órganos integrantes del sector público atribuidos de potestad estatal, que ejercen función o actividad administrativa, para concretar la realización de un fin público” (Zavala, 2010, p. 145).

La administración pública es, desde luego, un sujeto de derecho, destinatario de normas, pero no hay que olvidar que en cierta medida se vuelve creador de derecho y un aplicador ejecutivo que ostenta poderes materialmente análogos a los de legisladores y jueces (Parada, 2012). Es entonces, uno de los poderes públicos más fuertes, pues cuenta con potestades que le permiten crear normas y ejercer la llamada autotutela administrativa, en sus dos vertientes “...autotutela declarativa (presunción de validez de los actos



administrativos) y autotutela ejecutiva o privilegio de decisión ejecutoria (otorga una protección directa e inmediata de las actuaciones de la Administración)” (Parada, 2012, p. 38).

La potestad es “el poder público único del Estado, dosificado y distribuido para su efectivo ejercicio, en el cumplimiento de fines específicos, entre varios órganos, además sometido al Derecho formal positivo, en el ámbito del cual, éste, siempre tiene la última palabra” (Zavala, 2010, p. 150). Mientras que el poder es al Estado, la potestad es a la administración pública. La administración pública tiene entre sus potestades más relevantes: la decisoria, la de mando, la ejecutiva, la reglamentaria y la sancionadora.

Finalmente podemos decir que la administración pública puede ser vista desde dos ópticas: una subjetiva y otra objetiva. Subjetivamente, está constituida por el conjunto de órganos y entidades estructurados jerárquica y jurídicamente dentro de la organización del Estado, cuya finalidad es la satisfacción de necesidades de orden público. Objetivamente, es el conjunto de actividades prácticas que desarrolla el Estado a través de esos órganos y entidades, las que deben estar conformes con la Constitución y la ley (Jaramillo, 2013). “El Estado relocalizado debe ser orientador, organizador, administrador, planificador, servidor, fiscalizador, protector, garantizador, regulador y distribuidor. Esas diez notas perfilan sus nuevas misiones para la realización del hombre y de la sociedad [y en esos cometidos la administración pública tiene un rol protagónico]” (Dromi, 2001, p. 59).

## **2.2. La relativa extensión a la totalidad de poderes públicos**

La Constitución de la República establece en el artículo 1 que: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”. El Ecuador, es un Estado constitucional de derechos, en consecuencia, el poder público estatal tiene como principal límite de su actuación el respeto de los derechos y de los fines públicos. La administración pública, entendida como ejercicio de las funciones materialmente administrativas, es ejercida por los órganos y entidades



establecidos en el artículo 225 de la Carta Magna que determina la composición del sector público por:

- “1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social;
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado;
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y,
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

Decimos que existe una relativa extensión a la totalidad de poderes del Estado de la administración pública, pues en cada una de las funciones, entidades y órganos se ejercen funciones materialmente administrativas, de las que se excluyen los actos de gobierno, actos políticos, actos jurisdiccionales y legislativos (Moreno, 2014).

En conclusión, el Estado se manifiesta a través de los poderes públicos, que se componen de los distintos órganos y entidades, en ciertos casos como administración pública, cuando no ejerce actividades connaturales de las funciones de gobierno, legislativa, judicial, de transparencia y control social o electoral. Cuando dichas instituciones desarrollan una actividad materialmente administrativa, ya sea celebrando contratos instrumentales, administrando su patrimonio o gestionando su personal de apoyo, actúan como administración pública; esa actividad instrumental, que no constituye propiamente la función específica que les ha sido atribuida por la Constitución, se rige por el Derecho Administrativo (Parada, 2012).



### **3. El acto administrativo**

#### **3.1. Concepto**

“El concepto de acto administrativo posee, en efecto, un grado de indeterminación, realmente inquietante. Sus causas pueden reducirse a dos: de una parte, la disparidad teórica, porque el acto administrativo ha sido objeto, a lo largo de los poco más de doscientos años de su historia, de diversas construcciones doctrinales, difícilmente conciliables entre sí; y, de otra, la impresionante variedad de las actividades que la Administración lleva a cabo, que hace muy difícil la construcción de esquemas doctrinales unitarios”. (Santamaría, 2002, p. 127)

Habiendo desarrollado en líneas anteriores la idea de que dentro Estado la administración pública se manifiesta a través de una pluralidad de entidades y órganos, que ejercen funciones administrativas concedidas por la Constitución y la ley, con el objetivo de precautelar los intereses generales, es importante determinar dogmáticamente el concepto de una de sus principales manifestaciones que es el acto administrativo.

Como manifiesta Dromi (2008): “Las tareas de la Administración se encausan a través de acciones materiales o hechos jurídicos y en declaraciones de voluntad o actos jurídicos, destinados al nacimiento, modificación, o extinción de derechos y obligaciones” (p. 9).

La administración pública en el ejercicio de su actividad puede expresarse a través de: actos administrativos (declaración administrativa individual); actos de simple administración (de mero trámite); hechos administrativos (o actuación administrativa material); contratos administrativos (convención administrativa bilateral); y, reglamentos (declaración administrativa general). En la formación de estas manifestaciones, es presupuesto legal, un procedimiento administrativo formal.

El acto administrativo es el principal y más utilizado instrumento de que se vale la administración pública para exteriorizar su voluntad. Es parte del género de los actos jurídicos, que recogen la manifestación de la voluntad



humana, productora de efectos jurídicos. Parada (2012) propone definir al acto administrativo como: “La resolución de un poder público en el ejercicio de potestades y funciones administrativas, mediante el que impone su voluntad sobre los derechos, libertades o intereses de otros sujetos públicos o privados, bajo el control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” (p. 100).

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, norma que recoge el concepto de muchas instituciones del derecho administrativo, en su artículo 65 define al acto administrativo como: “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”. Por su parte, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el inciso segundo del artículo 364 precisa que “se entenderá por acto administrativo toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

Analizaremos a continuación los componentes del concepto de acto administrativo. La primera característica del acto administrativo es ser una declaración. Es declaración porque consiste en una manifestación intelectual de voluntad (que se exterioriza a través de símbolos y manifestaciones del lenguaje escrito y no escrito); puede implicar una decisión (sanción), una cognición (inscripción) u opinión (certificado de higiene). Este rasgo le diferencia de los hechos administrativos, ya que estos últimos son actuaciones materiales de la administración pública, más no intelectuales como lo son los actos administrativos. “Ordenar la destrucción de una cosa es un acto, destruir la cosa es un hecho” (Dromi, 2008, p. 17). Al hecho administrativo puede o no preceder un acto administrativo.

La declaración es unilateral. La unilateralidad se debe a que solo es necesaria la intervención de la voluntad de la administración pública –como sujeto de derecho- para la expedición del acto. No importa que se requiera de la participación de varios órganos para su formación, pues en este caso estamos hablando de un acto complejo, que no por ello deja de ser acto administrativo, pues los órganos que intervienen son parte de la administración.

“En ciertos casos se requiere la voluntad concurrente y coadyuvante. El hecho de que ciertos actos administrativos necesiten de la solicitud, notificación, aceptación, asentimiento o adhesión del particular para producir sus efectos, no les quita la calidad de unilaterales” (Dromi, 2008, p. 41). La voluntad del administrado no interviene en la formación del acto administrativo, ni es un elemento indispensable de este, por ejemplo, en el artículo 40 de la Ley Orgánica del Servicio Público que dice: “El traspaso, cambio administrativo o intercambio voluntario de puestos a un lugar distinto del domicilio civil de la servidora o servidor público, se podrá hacer solamente con su aceptación por escrito. De ninguna manera, dichos cambios, intercambio voluntario de puestos o trasposos serán considerados como sanción”, en la norma transcrita se verifica la necesidad de la aceptación por escrito del servidor público para que el acto produzca sus efectos; empero de esto, es ya un acto administrativo, pero que será ineficaz sin dicha aceptación.

El acto administrativo se genera en ejercicio de la función administrativa. “Es preciso comprender que el acto administrativo es una herramienta, es el medio o instrumento por el que se ejercitan las potestades que la Ley asigna a las administraciones públicas para que estas puedan operar y construir o reconstruir la realidad satisfaciendo el interés público” (Zavala, 2010, p. 161).

En el mismo sentido Schmidt (2013) afirma que el acto administrativo es el instrumento adecuado que la ley ha dotado a la administración pública para el ejercicio de sus atribuciones y competencias, para que de esta forma contribuya a formar la realidad. La función administrativa es ejercida para cumplir los objetivos que establecen la Constitución, las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.

En muchos estados se ha producido el llamado fenómeno de la “fuga del Derecho Administrativo, que implica una traslación de funciones de la Administración Pública a particulares, “de este modo actúan como agentes o mandatarios de una persona pública, y poseen la potestad de dictar actos administrativos” (Dromi, 2013, p. 43). Actúan de esta forma los concesionarios de obra pública, las entidades colaboradoras de la administración pública, las



universidades privadas, las asociaciones, etc.; quienes a pesar de tener una naturaleza jurídico-privada ejercen la función administrativa. Así, el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 217, al determinar las atribuciones y deberes de las juezas y jueces de las salas contencioso administrativas, en su numeral cuatro expresa: “Conocer y resolver (...) las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos”.

Del concepto de acto administrativo, se desprende que es un acto jurídico, porque interviene la voluntad de la administración pública como sujeto de derecho.

El acto administrativo produce efectos jurídicos: crea, modifica o extingue derechos, obligaciones o situaciones jurídicamente relevantes. Los efectos jurídicos tienen las características de ser individuales y directos. Son directos, porque se derivan del acto administrativo y no dependen de la emisión de otro acto por parte de la administración, posterior al ya emanado.

“El acto administrativo debe producir por sí efectos jurídicos respecto del administrado; por ello los dictámenes, pericias, informes, pareceres, proyectos no constituyen actos administrativos, sino meros actos preparatorios, que se emiten para hacer posible el acto principal posterior; tienen en su caso un efecto jurídico indirecto o mediato” (Dromi, 2013, p. 47).

Además, los efectos son individuales, porque se refieren al administrado, esta característica distingue al acto administrativo del reglamento, cuyos efectos tienen la naturaleza de ser generales.

Wilches (1974) refiriéndose al acto administrativo manifiesta que: “Es un hecho jurídico que por su procedencia emana de un funcionario de la administración; por su naturaleza se concreta en una declaración especial y por su alcance afecta positiva o negativamente a los derechos administrativos de las personas naturales o colectivas” (p. 50).

“El acto administrativo es una declaración unilateral realizada en ejercicio concreto de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata” (Moreno, 2014, p. 126). En esta definición se hace notar la exclusión de los actos de gobierno, electorales, legislativos y judiciales.

En definitiva, el acto administrativo es una institución jurídica exclusiva, característica del Derecho Administrativo, pues cuenta con particularidades que le diferencian de los actos regidos por otros ámbitos del Derecho, más aún del campo privado, entre las principales están: la presunción de validez y legitimidad; la ejecutividad y la ejecutoriedad. Al referirse a estas características, Emilio Fernández (1981), sostiene que: “La ejecutoriedad supone que el acto es “ejecutivo”, es decir jurídicamente eficaz, y que el ordenamiento jurídico le otorga, además de la obligatoriedad de su cumplimiento, la posibilidad de su propia realización” (p. 381). Sin embargo, estos privilegios se compensan con obligaciones que pesan sobre la administración pública: el respeto a los principios de legalidad y juridicidad, sujeción a procedimientos formales estrictos, mecanismos que evitan la arbitrariedad y el respeto a los derechos de los administrados, más aún cuando nos encontramos en un Estado constitucional de derechos, en el que la principal obligación del estado es respetar y hacer respetar los derechos (e intereses legítimos) de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y de la naturaleza, como titulares de los mismos.

Finalmente, es de recordar que todas las autoridades tienen el deber legal y ético de actuar con total apego al ordenamiento jurídico vigente, siendo así su actuación goza de legitimidad. “Cuando un acto administrativo es percibido como legítimo, y es obedecido por los administrados, se vuelve eficaz; y si es percibido como ilegítimo y es desobedecido, resulta ineficaz. No hay legitimidad sin legalidad” (Jaramillo, 2013, p. 211).

### **3.2. Elementos del acto administrativo**

Jaramillo (2013) en su obra “Manual de Derecho Administrativo”, al referirse a los requisitos de los actos administrativos, manifiesta que para que





dichos actos gocen de existencia, eficacia y validez jurídica deben cumplir con requisitos de fondo y forma. Como requisitos de fondo o internos, establece: la voluntad soberana, la competencia, la motivación, el objeto lícito y la causa lícita; como requisitos de forma, determina el hecho de que sean expedidos generalmente por escrito y, por excepción, de forma oral.

“El profesor Viteri Hernez (2012) considera los siguientes elementos como indispensables para la validez del acto administrativo: declaración de voluntad, competencia, objeto, causa o motivos, finalidad, motivación, forma y formalidades” (citado en Bejarano, 2014, p. 121).

La validez del acto administrativo depende del cumplimiento de ciertos elementos esenciales: competencia, objeto, voluntad, finalidad y forma. Estos elementos deben concurrir simultáneamente, caso contrario se afecta la validez del acto. Los requisitos accidentales, accesorios o eventuales del acto administrativo son la condición, el modo y el término. Estos requisitos aunque no afectan su existencia, si determinan su eficacia, el “cuándo” y “cómo” de la producción de efectos jurídicos del acto. La condición significa el hecho futuro e incierto del cual se hace depender la eficacia de un acto administrativo; el modo consiste en una carga impuesta a la persona a favor de la cual se dicta el acto administrativo; el término indica el día desde el cual debe tener eficacia el acto, o desde el cual ésta debe cesar (Dromi, 2008).

La notificación no es un elemento del acto, sirve para darle eficacia, es un acto posterior; desde la fecha de notificación el acto administrativo surte efectos para el administrado y empieza a correr el tiempo para la interposición de recursos.

En la doctrina francesa estudiar las condiciones de validez de un acto equivale a estudiar los casos de nulidad. En la dogmática italiana, los elementos del acto administrativo son analizados en base a conceptos privativistas de los actos jurídicos. En la doctrina española, se clasifican los elementos en subjetivos, objetivos y formales; así como, en esenciales (sujeto, objeto, voluntad, causa, contenido, forma) y accidentales (término, condición, modo) (Parada, 2012). A continuación, estudiaremos los principales elementos

del acto administrativo, necesarios para entender la desviación de poder como vicio del acto administrativo.

### **3.2.1. Competencia**

La competencia es la esfera de atribuciones de las entidades y órganos, determinada por el ordenamiento jurídico positivo. En tal sentido, Mata afirma que “la competencia es un requisito del acto administrativo, que precede a su creación y que no lo integra como componente” (citado en Dromi, 2008, p. 57). En el derecho español, García de Enterría señala que “la competencia es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano siendo siempre una determinación normativa” (p. 58).

Son características de la competencia el ser indelegable e improrrogable (se ejerce directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida, salvo los casos de delegación, avocación, sustitución, subrogación o suplencia); expresa (emana del ordenamiento jurídico positivo); e, irrenunciable. Por delegación, un órgano superior, siempre que la ley le autorice, puede transferir sus propias competencias al inferior jerárquico; pudiendo revocar la delegación en cualquier momento; por avocación el órgano superior jerárquico puede asumir competencias del inferior, salvo que haya norma expresa que lo prohíba; por sustitución, el órgano superior común a dos órganos inferiores puede disponer la transferencia de la competencia de uno a otro, cuando las necesidades institucionales lo hagan necesario, salvo norma en contrario; por la subrogación, la competencia se pasa del órgano excusado o recusado al subrogante, establecido en el ordenamiento jurídico o al superior jerárquico; y, por suplencia la competencia asume el suplente por ausencia temporal o definitiva del titular del órgano (Dromi, 2008).

“Marienhoff habla de competencia de la Administración y de capacidad del funcionario o empleado y del administrado. Señala que la competencia no solo se refiere al órgano institución, sino también al órgano persona u órgano individuo, que la capacidad o incapacidad “natural” del agente público se rigen por la legislación civil” (citado por Dromi, 2008, p. 59).

El Principio de competencia es “el círculo de atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos públicos estatales. Se puede decir también que constituye la aptitud de obrar o decidir de un órgano o ente del Estado” (Moreno, 2014, p. 88).

La competencia se divide: por la materia, el territorio, el grado y el tiempo. Por la materia en base al principio de especialidad, para que el órgano o ente realice las actividades vinculadas a los fines que motivaron su creación (deliberativa, ejecutiva, consultiva, de control). Por el territorio, la competencia se puede ejercer en una porción determinada del espacio físico del Estado. Por el grado, respetando el principio de jerarquía, que determina la estructura de la administración pública de forma vertical y piramidal. Por el tiempo, en principio la competencia es permanente, cualquier órgano puede ejercer las atribuciones con que cuenta; sin embargo, en cada caso concreto es temporaria, pues la administración pública puede ejercer su competencia dentro del tiempo que prevé la norma jurídica positiva, dentro de este ámbito temporal es legítimo el ejercicio de la función, transcurrido el mismo pierde la competencia (Moreno, 2014).

En consecuencia, a diferencia de la capacidad civil, en la Administración Pública “la competencia es la excepción, la incompetencia la regla. Si se actúa sin competencia, el acto estará viciado” (Moreno, 2014, p. 91).

### **3.2.2. El objeto**

Dromi comparte varias ideas que contribuyen a la definición del objeto, como elemento del acto administrativo. El mencionado autor afirma que el objeto “comprende las materias que necesariamente forman parte del acto y sirven para individualizarlo (contenido natural), las cuestiones mandadas a contener por imperio de la ley (contenido implícito) y las cláusulas que la voluntad estatal pueda introducir adicionalmente en forma de condición, término y modo (contenido eventual). (...) Es la materia o contenido sobre el cual se decide, certifica, valora u opina. Tiene que ser cierto, claro, preciso y posible física y jurídicamente” (Dromi, 2008, pp. 72-73). “La ilegitimidad del objeto puede resultar de la violación a la Constitución, a un tratado, a la ley, a

un reglamento, circular, contrato, acto administrativo anterior estable e incluso a la moral y las buenas costumbres”. (p. 73) El objeto, debe ser lícito y no prohibido por el ordenamiento jurídico, nos permite determinar de qué clase de acto administrativo se trata, sus efectos jurídicos y a quiénes éstos conciernen.

### **3.2.3. Voluntad**

“La voluntad del acto administrativo está compuesta por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador. Por ello, los “vicios de la voluntad” pueden aparecer en la misma declaración; en el proceso de producción de dicha declaración y en la voluntad intelectual del funcionario que produjo la declaración”. (Dromi, 2008, p. 75)

La voluntad del órgano puede ser: a) expresa, en el caso de que se manifieste a través de la palabra oral o escrita, o por símbolos o signos; y, b) tácita, cuando existe omisión por parte de la administración pública de su deber de dar respuesta al administrado, configurando lo que se denomina silencio administrativo, que puede ser: positivo, en el caso de que la ley prevé que se conceda lo solicitado por el administrado, y negativo, en el caso opuesto.

La emisión de la voluntad administrativa, a criterio de Dromi (2008), está condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, formalidades o elementos, dependiendo el caso, para ser considerada válida, como los que a continuación se describen:

- 1) Finalidad. Los agentes públicos deben actuar cumpliendo el fin de la norma que otorga las atribuciones pertinentes. Un acto está viciado de desviación de poder cuando el funcionario, sin estar jurídicamente autorizado, usa el poder que le da la ley con una finalidad distinta de la prevista por ella. Persigue una finalidad personal, beneficiar a un tercero o beneficiar a la propia administración. La finalidad será estudiada con mayor detenimiento en el siguiente capítulo, por ser el elemento del acto administrativo que se vicia con la desviación de poder, objeto del presente estudio.



- 2) Razonabilidad. Los agentes públicos deben valorar de manera razonable las circunstancias de hecho y el derecho aplicable, y en base a esa evaluación, disponer las medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el ordenamiento jurídico; en esta tarea es muy importante su obligación de motivar coherentemente sus decisiones, en base a los principios generales del derecho, los propios de la administración pública y los fines que justifiquen la norma que aplicable al caso concreto. El acto administrativo es irracional, cuando es absurdo, contradictorio (la parte motiva es contraria a la resolutive) o desproporcionado (exceso en los medios empleados, aunque persiga el fin legal).
- 3) Cumplimiento del debido proceso que antecede a la emisión del acto administrativo. El acto administrativo debe ser precedido de un procedimiento que comprende “el conjunto de actuaciones preparatorias y conducentes al acto o resolución final cuya finalidad es asegurar el acierto y la eficacia de la administración, además de garantizar los derechos y libertades de los particulares” (Parada, 2012, p. 132). Este requisito esencial se cumple con el respeto a las normas constitucionales y legales que garanticen el derecho fundamental del debido proceso. El contraste entre los actos privados y los administrativos se manifiesta en la importancia que para los actos administrativos adquieren los elementos formales, entre ellos, la necesidad de seguir un procedimiento previo para la formación de la voluntad administrativa, requisito que por regla general no es necesario en los actos privados (Parada, 2012).
- 4) Ausencia de error, dolo, violencia o simulación. La voluntad administrativa debe manifestarse de forma libre y consciente; en este caso son aplicables las normas generales contenidas en el código civil, siempre que no contradigan las del derecho administrativo.
- 5) Autorización. Cuando se requiera. Es previa a la emisión del acto y consiste en la permisión de otro órgano de la administración. “Es el acto previo por medio del cual, la administración elimina un obstáculo

jurídico para que la administración pueda hacer posible el ejercicio de un derecho o de un poder que pertenecía al beneficiario, cuando lo hubiese” (Chamorro, 2009, p. 28).

- 6) Aprobación. Permite que actos ya formados tengan eficacia y puedan ejecutarse, se requiere siempre que la ley la exija. “El acto sujeto a aprobación no constituye un acto administrativo, pues no produce efectos jurídicos hasta que se dé su aprobación. Si el acto a pesar de no haber sido aprobado es ejecutado, también su ejecución está viciada” (Dromi, 2008, p. 88).
- 7) Respeto a las reglas de la técnica, de la ciencia y de la lógica, para que goce de legitimidad.

#### **3.2.4. La forma**

“Para dar a conocer su voluntad la Administración debe respetar, de acuerdo a lo que manda el ordenamiento jurídico, el modo de su exteriorización. Así, la forma comprende el modo de instrumentación y la manera de darlo a conocer al administrado, su exteriorización (...) puede ser oral, escrita o por medio de otros signos” (Dromi, 2008, p. 98).

Por regla general los actos administrativos deben ser escritos, para precautelar los derechos y garantías del administrado, como el derecho a la defensa, el debido proceso, la legalidad del acto. Las otras formas de exteriorizar la voluntad de la administración, a través de la expresión verbal y por medio de signos, son justificadas restrictivamente, en casos de urgencia, imposibilidad práctica de emplear la forma escrita, entre otros.

Los signos pueden consistir en señalizaciones acústicas, telegráficas, lumínicas, banderas, carteles, mímica. Ejemplos de actos administrativos no escritos, son las órdenes de los agentes de tránsito a través de sonidos o mímica (Dromi, 2008). Actualmente, es común que se manifieste la voluntad de la administración pública de forma digital, cuando lleva inserta la firma electrónica del titular del órgano.



### **3.2.5. Motivación**

A este requisito del acto administrativo se dará especial relevancia en su tratamiento, pues la motivación evita que la voluntad de la administración pública sea desviada hacia otros fines. La motivación es un elemento esencial del acto administrativo y consiste en la expresión de las razones fácticas y jurídicas que justifican la decisión administrativa expresada en dicho instrumento jurídico.

La Constitución de la República en el artículo 76, numeral 7, literal I determina como garantía del debido proceso que: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

La Corte Constitucional se ha pronunciado con respecto a la motivación en los siguientes términos:

“La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y nunca puede ser válida, una motivación que sea contradictoria con la decisión (...); la motivación es justificación, es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa, (...) las contradicciones internas, arbitrariedades y errores lógicos que las conviertan en manifiestamente irrazonables, aun teniéndola, se las considerará carentes de motivación y, por lo tanto, vulnerarán el derecho a la tutela efectiva (...). Para que se considere cumplido el requisito de la motivación, es necesario que se lleve a cabo la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que este responda a una determinada interpretación del derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los



derechos”. Sentencia publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 372, del 27 de enero de 2011, pp. 54-56.

La motivación “está contenida dentro de lo que usualmente se denominan los considerandos. La constituyen, por lo tanto, los presupuestos o razones del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión” (Dromi, 2008, p. 104). Pero hay que tener en cuenta que la motivación debe ser, como con mucha razón manifiesta Parada (2012): “suficiente para dar razón plena del proceso lógico jurídico del acto en cuestión, sin que valgan las falsas motivaciones, las formulas *passe-partout*, o comodines, que valen para cualquier supuesto y que nada o muy poco justifican o explican sobre la decisión del acto en el que se insertan” (p. 135).

La motivación es esencial para la validez del acto administrativo, pues en caso de no ser cumplida genera nulidad de pleno derecho, así como la sanción al servidor público que no cumpla el deber de justificar adecuadamente porqué manifiesta la voluntad de la administración pública en un sentido determinado. Es una garantía básica del debido proceso, de los derechos del administrado y del principio de legalidad de la actuación de los órganos administrativos. En definitiva, la motivación se convierte en una valiosa herramienta de control de los actos de la administración pública, dentro del Estado constitucional de derechos y justicia.

### **3.2.6. Elemento subjetivo**

“El sujeto del que emana la declaración de voluntad en que el acto administrativo consiste es una Administración Pública, pero que actúa siempre a través de una persona física, la autoridad o funcionario, titular del órgano. Esto supone el elemento subjetivo del acto administrativo” (Parada, 2012, p. 125).

El titular del órgano para actuar debe cumplir con los requisitos de: regularidad de su investidura, imparcialidad, capacidad de obrar, ausencia de vicios del consentimiento y competencia.





Con respecto a la validez de los actos que adolecen de vicios en el elemento subjetivo, existe discusión respecto de si debe afectarse dicha validez o deben ser conservados y convalidados en aras de la seguridad jurídica y protección de los derechos de terceros de buena fe, siempre que se adecúen al ordenamiento jurídico.

#### **4. Particularidades de la nulidad en el ámbito del Derecho Administrativo**

En el origen del Derecho Administrativo se aplicaron las normas del Derecho Civil para resolver la nulidad de los actos de la administración pública. En ese sentido Dromi (2008), manifiesta que “...en 1972, en el caso de Argentina, recién se estableció una regulación específica sobre las nulidades administrativas” (p. 172).

El mentado autor determina varias razones para diferenciar la nulidad de los actos administrativos de la nulidad de los actos civiles. Entre las principales están, que la nulidad administrativa no solo requiere la existencia de un vicio, como en la nulidad civil, sino de la gravedad y trascendencia de la infracción al ordenamiento jurídico, de esta forma se determina el tipo de nulidad que afecta al acto. La nulidad civil es declarada solo por un juez, la administrativa puede ser declarada en sede administrativa a través de la revocación o en sede judicial. Para la nulidad del acto privado existen causas taxativas y rígidas contenidas en la ley, mientras que las causas de la nulidad del acto administrativo son más flexibles, dinámicas y están contenidas en normas de diferente jerarquía, la Constitución, la ley e incluso reglamentarias. De acuerdo al objetivo que persiguen, la nulidad civil pretende cuestionar generalmente la voluntad de las partes, diferenciándose de la nulidad administrativa que persigue la vigencia objetiva del derecho y el interés colectivo (Dromi, 2008).

Así, la teoría de la invalidez “incluye el estudio de los remedios sanatorios de los defectos y vicios de que adolecen los actos administrativos o, en su caso de los mecanismos para aclarar su anulación. Solo a partir de la declaración formal de ésta por la Administración o los Tribunales el acto viciado deja de producir sus efectos, cediendo la presunción de validez” (Parada, 2012, p. 171).

Por acto viciado nos referimos a aquel que “...aparece en el mundo jurídico por no haber cumplido los requisitos esenciales (...), la invalidez es la consecuencia jurídica del acto viciado en razón de los principios de legalidad, justicia y eficacia administrativa (...), la nulidad es la consecuencia jurídica que se impone ante la transgresión al orden jurídico (...) como antibiótico de la juridicidad” (Dromi, 2008, p. 178-179).

De la gravedad del vicio depende la consecuencia jurídica que se le otorgue. Si el vicio afecta gravemente al ordenamiento jurídico, la nulidad será de pleno derecho o absoluta, en cambio si el vicio es de menor importancia causará la anulabilidad del acto administrativo, pero bajo la premisa de que la calificación del vicio es importante para determinar si es necesaria o no la supresión del acto. Por ejemplo, los actos que contravengan el orden constitucional, por ser infracción manifiesta, son absolutamente nulos. En el mismo sentido, Parada (2012) afirma que “unos vicios originan simplemente una nulidad relativa o anulabilidad que se cura con el simple transcurso del tiempo o la subsanación de los defectos, mientras que otros están aquejados de nulidad absoluta o de pleno derecho lo que conduce irreversiblemente a la anulación del acto” (p. 172).

## **5. Nulidad de pleno derecho**

Para Roberto Dromi (2008) la nulidad de pleno derecho “es la consecuencia jurídica correspondiente a los vicios graves del acto administrativo, el acto nulo se caracteriza por ser irregular y solo en principio tiene presunción de legitimidad y ejecutividad”. (p. 192)

La derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el capítulo VI, que trataba de la nulidad de las resoluciones en la instancia administrativa y de lo contencioso-administrativo, establecía como causales de nulidad las siguientes:

“Art. 59.- Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia; b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para



dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión”.

Este cuerpo normativo derogado por la expedición del Código Orgánico General de Procesos, no contenía únicamente normas procesales, sino sustantivas, como en el presente caso, acerca de la nulidad de los actos administrativos.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, dentro de las disposiciones referentes a las actuaciones y actos de la administración, en el artículo 121 establece normas sobre la producción y contenido de los actos administrativos, en dicho artículo se establece:

“1. Los actos administrativos, normativos o de simple administración que dicte la Administración Pública Central, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido;

2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos.

Sin embargo, serán elementos sustanciales del acto los siguientes: a. Indicación del titular del órgano; b. Indicación de la norma que atribuye la potestad al órgano y a su titular para expedirlo; c. Indicación clara de los fundamentos de hecho y las normas aplicables al caso, así como su relación [motivación]; y, d. Indicación de los actos de simple administración, informes, estudios o actos de trámite que han conformado el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto”.

El artículo 129 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva dispone que:

“Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:



- a. Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República;
- b. Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio -al contrario de la incompetencia jerárquica, no manifiesta o relativa en cuanto es susceptible de convalidación por el órgano superior-;
- c. Los que tengan un contenido imposible;
- d. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta;
- e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;
- f. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y,
- g. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.”, además, el mismo artículo en su parte final establece: “También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

La falta de motivación o inadecuada motivación en los actos administrativos por mandato constitucional causa su nulidad absoluta, tal como habíamos visto en líneas anteriores. En concordancia con la Carta Magna, el artículo 122 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece como exigencia la motivación dentro de los actos administrativos:



“La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública”.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, aplicable a los gobiernos autónomos descentralizados, en su artículo 371 contempla los vicios que impiden la convalidación del acto:

“No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho los siguientes actos administrativos:

- a) Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en la Constitución de la República;
- b) Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio;
- c) Los que tengan un contenido materialmente imposible;
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta;
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición;



- g) Aquellos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; y,
- h) Los actos que tengan por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados”.

De la doctrina y normativa expuesta, se colige que la nulidad de pleno derecho o absoluta, es en suma la consecuencia jurídica que se aplica a infracciones manifiestas del ordenamiento jurídico, cuando los vicios son de tal gravedad e importancia que exigen que su validez sea afectada mediante la cesación de sus efectos.

## **6. Anulabilidad**

A diferencia del ámbito civil donde por regla general se aplica la nulidad absoluta y por excepción la nulidad relativa, en el campo de los actos de la administración pública, se tiende a preservar los actos administrativos por la presunción de validez, la eficacia de la actividad administrativa y la seguridad jurídica, por ello la regla es la anulabilidad y la excepción la nulidad de pleno derecho, sanción más radical contra los actos administrativos. Precisamente así se pronuncia Parada (2012) “la anulabilidad es la regla general, puesto que son anulables –aparate de las causas de nulidad de pleno derecho- los actos que infringen el ordenamiento jurídico incluso la desviación de poder” (p. 174). Incluso, la denominada irregularidad no invalidante, implica la existencia de vicios menores o de forma que no afectan esencialmente el acto y que pueden ser subsanados, siempre que no provoquen indefensión al administrado, que no provocan la anulación del acto.

La mayor parte de los vicios e infracciones dan lugar a la nulidad relativa o anulabilidad, “incluyen algunos vicios de incompetencia, omisión de formalidades sustanciales, la violación de las reglas de derecho aplicables al fondo del acto, los defectos de causa o motivos, la desviación de poder mediante la utilización de las potestades administrativas con finalidad diversa de aquella por la que fue otorgada por el ordenamiento, supuestos que en buena medida Hauriou

identificaba más que de ilegalidad como violación de la moralidad administrativa” (Parada, 2012, p. 175).

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en el artículo 130 establece las causas por las que un acto administrativo es anulable:

- “1. Son anulables los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.
2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.
3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho”.

Por su parte el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización establece en el artículo 372 los vicios susceptibles de convalidación que causan anulabilidad:

“Todos los demás actos no enumerados en el artículo anterior, que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico, distintas de las que se señalan en el mismo, inclusive la desviación de poder, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad tan pronto como dichos vicios sean encontrados. La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio.”

Para que proceda la declaración de anulabilidad, por defectos de forma, deberá ser necesario, a más de probar tal vicio, que éste afecte requisitos formales indispensables o se deje en indefensión a los interesados – irregularidades en el procedimiento administrativo que priven de la defensa o de los demás derechos y garantías del debido proceso al administrado-. Según



Parada (2012) por el principio de esencialidad de las formas, no se trata de irregularidades no invalidantes en los supuestos antes mencionados, por el contrario, a su criterio, más que anulabilidad deben producir nulidad de pleno derecho por ser vicios graves.

## **7. Efectos de la declaración de nulidad o anulabilidad del acto administrativo**

Cuando los Tribunales Contencioso Administrativos resuelven declarar la nulidad o anulabilidad de un acto administrativo, no pueden reemplazar la discrecionalidad administrativa por la suya, en base al principio de división de funciones, en tal sentido Dromi (2008) afirma que:

“El Poder Judicial no puede sustituir so pretexto de discrecionalidad las competencias propias del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo. La competencia judicial revisora de la ley solo alcanza su inaplicación al caso concreto y respecto del acto administrativo, su anulación (...); no puede modificar, reformar, sustituir o convertir el acto sujeto a su fiscalización [facultades que si posee la administración pública]” (p. 200).

“El acto nulo de pleno derecho es aquel que, por estar afectado de un vicio especialmente grave, no debe producir efecto alguno, y si lo produce, puede ser anulado en cualquier momento, sin que a esa invalidez, cuando es judicialmente pretendida, pueda oponerse subsanación del defecto o el transcurso del tiempo” (Parada, 2012, p. 177).

La extinción del acto administrativo implica la cesación de sus efectos jurídicos, para Dromi (2008), si se trata de una grave ilegitimidad, es acto es nulo y su extinción debería tener efectos retroactivos a la fecha de nacimiento de la ilegitimidad del acto; por el contrario, si el acto es meramente anulable la extinción deberá tener efectos solo para el futuro. Según Alejandro Nieto “la convalidación no remedia la invalidez (ya existente) de un acto, sino que bloquea o impide los efectos invalidantes de un acto viciado” (citado en Dromi, 2008, p. 204). Los actos administrativos no producen sus efectos cuando han sido revocados en sede administrativa, anulados o dejados sin efecto.





El artículo 134 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, sobre la convalidación de los actos administrativos anulables dispone:

- “1. La administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan;
2. El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto anteriormente para la retroactividad de los actos administrativos;
3. Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado; y,
4. Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente”.

Es importante determinar qué efecto tendría tal decisión sobre los actos posteriores al acto que estando viciado fue declarado nulo o anulable, previendo tal situación en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se colocó un conjunto de artículos que tienden a conservar los actos administrativos, o parte de estos que no estén directamente relacionados con el vicio que motivó la aplicación de las instituciones jurídicas mencionadas, en relación los principios de incomunicación de la nulidad y de conservación.

Al respecto, el artículo 131 *ibídem* establece reglas sobre la transmisibilidad de los efectos, a saber:

- “1. La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos actos en el procedimiento que sean independientes del primero; y,
2. La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquella salvo que la parte



viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado”.

El artículo 132 del cuerpo legal citado, establece la posibilidad de la conversión de los actos viciados, cuando siendo nulos o anulables, contengan los elementos constitutivos de otro distinto, pueden producir los efectos de éste.

El artículo 133 ibídem ordena que: “El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”.



## CAPÍTULO II

### La desviación de poder

#### 1. Origen y sentido de la institución jurídica

Sobre el origen de la desviación de poder Chinchilla (1999), nos dice que “la desviación de poder (*le détournement de pouvoir*) es una creación del *Conseil d’Etat* francés; consistiría una especie dentro del género del *excés de pouvoir*, en cuanto categoría creada para someter los actos administrativos discrecionales al control judicial (citado en Atienza y Ruiz, 2006, p. 92).

El exceso de poder implica el ejercicio del poder público que sobrepasa los límites que le ha establecido la norma jurídica legal o constitucional que confiere dicho poder. Por desviación de poder el Consejo de Estado francés, desde la segunda mitad del siglo XIX, anuló actos de la administración por haber ejercido el poder conferido para un fin distinto al previsto. Para poder determinar que la administración pública se ha desviado de los fines que se han establecido, es necesario realizar una interpretación teleológica, recurriendo a los principios que justifican la regla que confiere el poder (Atienza y Ruiz, 2006). La norma jurídica tiene siempre su justificación en principios e incluso valores que legitiman su existencia, además no hay normas jurídicas que se creen sin perseguir fines, pues de lo contrario sería irracional y carente de sentido.

En Francia, la desviación de poder, fue configurada a través de la doctrina del Consejo de Estado francés, sin embargo en otros estados, como en España, que ha inspirado en mucho el derecho administrativo ecuatoriano, se la incluyó a través del legislador en el derecho positivo.

“Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, disponía, en el artículo 83.2: la sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando el acto o la disposición incurriera en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder y daba luego la definición de la misma: constituirá desviación de poder el

ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico” (Atienza y Ruiz, 2006, p. 93).

Sobre el sentido actual que mantiene esta figura jurídica, nos podemos remitir al rumbo que toma en el Derecho Administrativo de España, en el que:

“...la desviación de poder no solamente ha sido un vicio cuya investigación fue estimulada por el legislador (...) sino que, además, como ha observado Chinchilla, se ha producido un renacimiento jurisprudencial en la utilización de la desviación de poder, porque la Constitución ha recordado a los jueces su obligación de controlar la correlación entre la actividad administrativa y los fines públicos” (Parada, 2012, p. 130).

## 2. Definición

“La organización del poder por medio del Derecho, implica una limitación de ese poder. (...) La organización jurídica del poder, dota a éste de mayor estabilidad y regularidad; pero al mismo tiempo limita el alcance de ese poder que está definido, determinado, delimitado por el Derecho, y, consecuentemente, no puede ir más lejos de lo establecido por el Derecho, en tanto quiera ser un poder jurídico y no un poder arbitrario” (Omeba, 2012, p. 579).

La desviación de poder es considerada como una técnica de control de la discrecionalidad en la “jurisprudencia francesa, que controla el acto discrecional indagando, en primer lugar, si ha existido una indebida aplicación del derecho o una desviación de poder, es decir una utilización subjetiva y por ello inmoral de la potestad administrativa” (Parada, 2012, p. 107).

Chinchilla, autora española que ha estudiado a fondo la figura jurídica de la desviación de poder, opina que no significa actuar sin potestad, sino que la administración actúa con potestad, pero desviada de sus fines, que el espíritu de la ley o del ordenamiento jurídico establece.

“Chinchilla la define como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. (...) La

desviación de poder tiene un carácter supraestatal pues no importa si el ordenamiento constitucional de un país los define o no, cada sistema con potestades públicas demarcadas puede transformarse en un laboratorio para su gestación” (citado en Nasser, 2006, p. 600). Exige al control judicial avanzar de un control formal a un control sustancial.

Por su parte Parada (2012) define a la desviación de poder como “una noción cercana al abuso del derecho (...), los efectos derivados de la apreciación del abuso del derecho y la desviación de poder son en cierto modo análogos, pues el abuso del derecho dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso, resultado al que puede llegarse desde la estimación de un recurso fundado en la desviación de poder” (p. 129).

Para Atienza y Ruiz (2006) “el abuso de derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder son especies del género del acto ilícito. Pero, además, se trata de un tipo de ilícito que supone acciones contrarias no a una norma jurídica específica –a una regla-, sino a un principio” (p. 14).

Para Díez “la doctrina distingue entre la desviación de poder en el campo del derecho público y el abuso del derecho en el campo del derecho privado. Ambos vicios presentan un punto de contacto. Consiste, según los casos, en el ejercicio de un derecho o de un poder, con un fin contrario a la intención del legislador. Existe un abuso de derecho cuando alguien ha usado su derecho con un fin antisocial, nocivo o malévolo, que no puede ser entonces el uso que el legislador previó se hiciera de ese derecho cuando lo consagrara. Existe desviación de poder cuando una autoridad administrativa ha usado del poder que le depara la ley con un fin distinto del previsto por el legislador. Hay entonces una semejanza entre las dos nociones, pero ellas no juegan en el mismo plano y no tienen los mismos efectos. El abuso del derecho juega en el plano de la responsabilidad, constituye una variedad de la falta que trae aparejada la responsabilidad del autor, mientras que el efecto, por lo menos inmediato, de la desviación de poder es el de

destruir el valor jurídico del acto que ha sido realizado. Juega entonces sobre el plano de la apreciación del valor del acto” (Diez, citado en Bejarano, 2016, p. 93)

Con el desarrollo de los temas siguientes, en base a los diferentes criterios doctrinarios, se desarrollarán los componentes de la definición de la desviación de poder: el ejercicio de competencias y potestades por parte de la administración pública, la causa natural y la causa jurídica de los actos administrativos, la desviación de poder como ilícito atípico, el fin público, entre otros.

### **3. La causa jurídica y la causa natural de los actos administrativos**

“Distingue la doctrina italiana entre la causa jurídica o causa inmediata de los actos administrativos que es la función típica de todos los actos de una determinada categoría, de la causa natural, causa remota o causa *finalis* que es el fin particular que el sujeto se propone al realizar determinado acto” (Parada, 2012, p. 128).

En ese sentido, la causa jurídica es la misma para una categoría determinada de actos porque viene determinada por el ordenamiento jurídico y la naturaleza del acto, en cambio, la causa natural puede ser muy variada porque depende de la finalidad perseguida por el titular del órgano que emite el acto. Parada (2012) propone el siguiente ejemplo:

“Así, en la concesión la causa jurídica o inmediata consiste en crear a favor del destinatario del acto un nuevo derecho, mientras que el motivo o causa remota puede ser muy diverso, como la oportunidad de crear un nuevo servicio público, de hacer más eficiente otro ya existente, utilizar de mejor manera los bienes del dominio público, o beneficiar a determinada persona al margen del interés público, etc.” (p. 128).

El acto administrativo además de ser dictado en base a los fines públicos, que justifican objetivamente la norma que atribuyó la competencia, deben obedecer a un fin particular lícito, que se adecue a los fines públicos, para asegurar que el acto no se encuentre viciado por desviación de poder y

sea considerado válido, es en ese sentido que la causa *finalis* adquiere importancia, por cuanto un acto administrativo no debe responder exclusivamente a un motivo de interés privado. “Justamente por ello el ejercicio de la competencia con una finalidad diversa de la que justificó su atribución legal, constituye el vicio conocido como desviación de poder” (Parada, 2012, p. 129).

Es importante que el titular del órgano que emitió el acto administrativo cumpla la obligación de explicar la causa que dio origen al acto administrativo en caso de impugnación en sede administrativa y judicial, deber íntimamente relacionado con la garantía previa de motivación, como mecanismo de protección de los fines públicos y de los derechos del administrado.

#### **4. El fin y el fin público, relación con la desviación de poder**

Hay en el mundo cosas que además de sus componentes sensibles, pasan a la dimensión del sentido o significación, para constituir expresiones de algo que nos es homogéneo, esto no quiere decir que siempre las entendamos o las concibamos e interpretemos bien, quiere decir que en principio hay posibilidad de entender. Las conductas del ser humano tienen un sentido intencional, y en sentido plural, los obrares sociales constituyen acciones enderezadas a la realización de fines. El proceso finalista empieza con un motivo, con la conciencia de una necesidad insatisfecha, que la imaginación busca cómo satisfacerla y para ello se propone un fin: un resultado o efecto; lo mismo ocurre con la acción social. Por su parte, el derecho positivo es un conjunto de instrumentos fabricados por los seres humanos para producir determinados efectos en la realidad social concreta e histórica, estos se reputan justos y útiles para el bien común, para la conveniencia y cooperación humana. Así, los autores de las normas positivas se proponen la realización de un fin o resultado y establecen los medios que estiman adecuados para conseguirlos (Omeba, 2012).

Para complementar la idea de cómo surgen los fines jurídicamente relevantes, nos remitimos al criterio de Dromi (2001), quien se manifiesta así:



“Todo sistema jurídico se identifica con un sistema político. De ahí que haya comunidad entre la comunidad jurídica y la comunidad política. Y es la Constitución la consagración jurídica de la ideología de una comunidad política. Si el derecho se aparta de los principios constitucionales fijados por la comunidad, ella responde con indiferencia por no encontrar identificación con el derecho. El derecho, compatibilizado con los fines de la comunidad, recupera su razón de ser y se identifica con aquella” (Dromi, 2001, p. 31).

La administración pública no está exenta de respetar los fines de la comunidad, recogidos como fines públicos en la Constitución, en la ley y en normas de rango inferior; pues estos legitiman su existencia y sentido. Los fines públicos son aquellos que interesan generalmente a la colectividad y que el Estado los asume como propios.

“En su famosa obra *El fin del Derecho*, Ihering afirma rotundamente que el fin es el creador de todo derecho; que no hay noma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico” (Omeba, 2012, p. 584). Por ello es importante la existencia de una institución jurídica que permita controlar que el ejercicio de la competencia por los órganos y entidades del sector público tenga como finalidad el logro de los fines públicos, por los que fueron creados.

La administración pública “se justifica en cuanto persiga la satisfacción del interés público, entendido “como la suma de la mayoría de intereses individuales coincidentes”, es decir, generar mayores derechos y beneficios para las personas de la colectividad. De allí que la actividad y actuación administrativa cuente con prerrogativas, tales como, potestades o facultades, consecuencia de ella, generan actos administrativos (...), pero, téngase presente que deben respetarse y garantizarse los derechos constitucionales de las personas, toda vez que el interés público se sustenta en la efectividad del ejercicio de dichos derechos” (Moreno, 2014, p. 111)



Jaramillo (2013) afirma que: “La administración como ejecutora de los planes de desarrollo del país, persigue los siguientes fines: a.- El desarrollo económico, social y cultural de sus habitantes, mediante la prestación de bienes y servicios eficientes, eficaces, transparentes y de calidad; y, b.- El bienestar de la colectividad por medio de la aplicación del derecho y la justicia administrativa” (p. 119).

“El fin del acto administrativo debe enraizarse e integrarse con el fin último que la ley se propuso al otorgar la potestad en cuyo ejercicio aquél se dictó, y en tal sentido debe precisarse que el fin del acto es presupuesto de legalidad. Es por ello que la desviación de poder se configura siempre que el órgano administrativo persiga con el acto que dicta, un fin distinto al señalado por el legislador” (Rivadeneira, citado en Dromi, 2008, p. 81).

Para Urzúa “el fin legítimo es un requisito que concreta la juricidad del acto. Cualquiera que sea la finalidad propuesta para la dictación del acto, si no es lo querido por la ley, significará violación de este requisito, que tendrá como consecuencia la invalidación del acto, aunque esté aparentemente perfecto en su estructura” (Urzúa, citado en Bejarano, 2014, p. 72).

En la actividad reglada aparece mucho más nítido el conocimiento del fin legítimo; sin embargo, no debe creerse por ello que éste no existe en la actividad discrecional, pues en esta toma mayor importancia para evitar la arbitrariedad, pues en ningún caso la administración puede ir más allá de lo ordenado en la Constitución; en general, deberá entenderse como servicio al bien común; por lo que los intereses personales del servidor público siempre constituirán un vicio en la finalidad del acto.

Carmen Chinchilla (1999) opina con respecto al fin, que para que se configure la desviación de poder no hace falta que el acto administrativo nazca a la vida jurídica por un interés prohibido en el derecho positivo, sino que siendo lícito o ilícito, sea diferente al establecido en la Constitución o la ley. En el mismo sentido el profesor Agustín Gordillo, considera que la decisión es



ilegítima y constituye desviación de poder cuando el funcionario actúa persiguiendo ya un fin personal, ya un fin administrativo distinto al querido por la ley (Gordillo, citado en Bejarano, 2016).

Chinchilla (1999) manifiesta, que la desviación de poder es un mecanismo de control de la discrecionalidad que exclusivamente aplica a la administración.

Explica que “la finalidad de la potestad jurisdiccional se agota en sí misma. A diferencia de la administración, que tiene que atender a una pluralidad de fines –financieros, urbanísticos, de mantenimiento del orden público, ecológicos, etc.-identificados todos ellos con la idea de servir a los intereses generales, y que actúa eligiendo la forma y los medios más adecuados para servir con eficacia” (p. 71).

Si los jueces dictan sentencias apartándose de su obligación de administrar justicia y de la vigencia del ordenamiento jurídico, porque persiguen otros fines, cometen delito de prevaricato, pero no desviación de poder, porque esta es propia de la administración pública, como técnica de control sobre el ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, Atienza y Ruiz (2006) manifiestan que es factible que los órganos jurisdiccionales incurran en desviación de poder; como en el caso de que se emita una orden de prisión preventiva si ésta es arbitraria (ejemplo: si se la ordena con el fin de presionar a que el investigado asuma una determinada conducta procesal -acogimiento al procedimiento abreviado-), sin que en este caso se trate de prevaricato. También es posible que la desviación de poder se manifieste en el actuar del legislador, porque en el ejercicio de su actividad debe estar sometido a los principios y reglas constitucionales, al igual que los demás poderes públicos en un Estado constitucional. Si la administración ejerce discrecionalidad al dictar un reglamento que desarrolla la ley, no hay motivos para que el legislador al dictar las leyes no pueda caer en desviación de poder.

Pero para Díez, la desviación no es solo una herramienta de control de la discrecionalidad, pues como afirma, la idea del fin responde a la pregunta

¿para qué se dictó el acto administrativo?, así como la idea de causa responde a la pregunta ¿por qué se dictó el acto? Si la actividad de la administración está reglada, la legalidad del acto implicará que la administración ha observado el fin indicado por la norma. Si la actividad fuera discrecional, también el fin es reglado, y la discrecionalidad únicamente se aplica al contenido del acto. Por ello, no cabe distinción, en relación a la desviación de poder, entre acto dictado en ejercicio de facultades regladas y acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales, porque en ambos supuestos el órgano administrativo puede violar los fines señalados por el legislador (citado en Bejarano, 2014).

Los fines de la administración pública pueden estar establecidos en cuerpos normativos de diferente jerarquía. Como ejemplos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 264 de la Constitución de la República, que determina las competencias exclusivas de los gobiernos municipales, consta: “1. Planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural”; el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en el artículo 10-2 dentro de las atribuciones de la función ejecutiva establece como fines: “velar por el interés general y el cumplimiento del ordenamiento jurídico”; “dirigir, orientar o modificar la conducta de los agentes regulados”. El artículo 4 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización determina los fines de los gobiernos autónomos descentralizados. Estos pocos ejemplos confirman que las competencias de la administración pública están siempre orientadas al cumplimiento de fines, de los que no se puede apartar en el ejercicio de su actividad.

## **5. La desviación de poder considerada como ilícito atípico: importancia de los principios en la definición de la conducta ilícita**

Refiriéndose al abuso de derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder, Atienza y Ruiz (2006) afirman que son “categorías que no pueden ser analizadas –o bien analizadas- en el contexto de teorías que descuidan que el orden jurídico está compuesto por reglas y por principios” (p. 14).

La acción ilícita debe ser contraria a una norma que contenga un mandato, prohíba u obligue, y que en caso de ser infringida origina acciones ilícitas, hacer lo prohibido o no hacer lo debido. Las normas regulativas permisivas, por el contrario, no producen una división de la conducta en lícita o ilícita porque lo simplemente permitido tanto puede hacerse como dejar de hacerse. Por su parte, los principios cumplen también una función de regir la conducta, especialmente al establecer normas o aplicar las normas existentes a la resolución de casos concretos (Atienza y Ruiz, 2006). Si los ilícitos típicos son conductas contrarias a una regla, los ilícitos atípicos serán las conductas contrarias a principios. (...) Existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo por ser opuesta a algún principio, esa conducta se convierte en ilícita” (p. 27). Esto a su parecer es lo que ocurre con el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder.

La desviación de poder, como mecanismo de control de los actos de la administración pública, necesariamente debe atender a ciertos principios, cuya afectación da surgimiento a la figura jurídica. Implica una distinta forma de control de la actividad de la Administración, a la luz de los principios, más específicamente de los principios que justifican el ejercicio de sus atribuciones y competencias. Esta institución jurídica es una reacción ante el exagerado formalismo jurídico en el ámbito del Derecho Público, que muchas veces justifica la injusticia (Atienza y Ruiz, 2006).

La conducta desviada supone un apartamiento del fin, que no debe estar necesariamente regulado mediante reglas sino jurídicamente; porque si no estuviera regulado jurídicamente, no sería un ilícito jurídico ni un vicio de los actos administrativos. El hecho de que no sea una infracción como las demás se debe a lo que los mencionados autores denominan su “atipicidad”, su naturaleza como ilícito contrario a principios. La aplicación de los principios supone la derivación de reglas a partir de la ponderación entre principios, y la subsunción del hecho en la nueva regla creada. La desviación de poder es por ello, si se quiere, una regla subsidiaria, pero no porque sea de menor importancia que otras, sino porque los principios son, en cierto sentido, subsidiarios de las reglas (Atienza y Ruiz, 2006). No tiene, por ello, nada de extraño que la institución haya conocido una vida mortecina en una época en

que la jurisprudencia asumía parámetros frecuentemente formalistas (...) que favorecía el no control de la discrecionalidad” (p. 93). Pero la desviación de poder tiene su particularidad, no es un simple exceso de poder, entendido como “el desborde de la esfera propia de la competencia, sino como el ejercicio de la competencia para lograr un fin no previsto por el legislador” (p. 99).

Atienza y Ruiz opinan que el decir que la desviación de poder equivale al apartamiento de los fines fijados por el ordenamiento jurídico en la actuación de la administración, se torna muy abstracto. Proponen que para verificar la existencia del vicio debe existir afectación a principios jurídicos que justifican y limitan el ejercicio de la norma que confiere el poder. Precisamente, por la conexión que existe entre esta figura jurídica y los principios es que debe tomar importancia en los estados constitucionales, no como un mecanismo secundario, sino como una herramienta valiosa para velar por los intereses públicos, más allá de las reglas (Atienza y Ruiz, 2006).

Si la autoridad ejerce sus atribuciones y competencias desviando su poder, pueden ser contrariados algunos principios como los que a continuación a modo de ejemplo se mencionan:

El principio del interés público, ya que “una característica central de los órganos públicos (por lo menos en nuestros estados constitucionales) es que ellos no gozan, como los particulares, de autonomía: el ordenamiento jurídico les confiere ese poder no para que persigan sus propios fines, sino fines públicos (...) En consecuencia el principio que aquí rige es el del interés público, esto es, la obligación de ejercer la función pública al servicio de los intereses generales” (Atienza y Ruiz, 2006, p. 95).

Principio de ética pública, que exige que el funcionario público se comprometa a conducir su actividad, como parte de los órganos y entidades del Estado, se sume a la consecución del bien común. La ética pública se ve afectada por la preocupante corrupción en el accionar gubernamental. La mejor forma de tutelar este principio es a través de un control, tanto preventivo como concomitante y *a posteriori*. (Dromi, 2001) La Convención Interamericana

contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos, aprobada el 29 de marzo de 1999, considera como corrupción: “La realización por parte de un funcionario público o de una persona que ejerza funciones públicas cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o un tercero” (citado en Dromi, 2001, p. 39).

Principio de interdicción de la arbitrariedad, por el que la arbitrariedad vicia el ejercicio de las potestades públicas, este principio implica:

“...la prohibición y limitación que tiene la Administración Pública de actuar conforme a la mera voluntad, sin sujetarse a la juridicidad, esto es al Derecho vigente en todo su conjunto. Por ello, este principio tiene gran importancia en el Derecho Público Moderno (...), se encuentra implícitamente contenido en la Constitución de la República del Ecuador [en sus normas garantistas] del debido proceso, la motivación de las actuaciones de las autoridades públicas, la juridicidad y la tutela judicial efectiva (...) [porque] el fin de estos derechos y garantías es el de limitar y prohibir cualquier actuación arbitraria”. (Villacreses, 2015, p. 89)

Principio de seguridad jurídica, en cuanto implica el respeto de las garantías de: “certeza, publicidad, razonabilidad, que en cierto modo, definen a la seguridad jurídica” (Dromi, 2001, p. 20).

Principio de transparencia, involucra el establecimiento de “...procedimientos que garanticen la diafanidad del obrar público, respecto del manejo de fondos públicos, de la administración del patrimonio público, de los mecanismos de actuación y decisión gubernativa y por ello no puede estar ausente en el derecho”(Dromi, 2001, p. 38).

Principio de igualdad, contenido en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, en cuanto la emisión de un acto administrativo con desviación de poder por motivos de discriminación o trato diferenciado, implica que las personas no tengan iguales derechos y oportunidades, persiguiendo por lo tanto un fin personal y afectando dicho principio.



Principio de dignidad humana, tanto individual como colectiva, pues el ejercicio de la función administrativa debe estar encaminado a proteger el pleno desenvolvimiento y desarrollo de las personas, de los derechos que como seres humanos nos corresponde; así como los fines públicos que como sociedad procuramos sean respetados. Este principio está contenido en el numeral 8 del artículo 11 de la Constitución de la República.

Principio de respeto a los derechos y responsabilidad del Estado: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y funcionarias, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”; recogido en el artículo 11, numeral 9, *ibídem*, que impide el ejercicio arbitrario del poder.

Se puede concluir que la institución jurídica de la desviación de poder, debe tener una importancia mayor en los Estados constitucionales. Nuestra Carta Magna instituye un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que tienen especial atención los principios que guían el quehacer público; pues en el artículo 227 se determina que: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”. A través de la desviación de poder se supera el formalismo jurídico y se avanza al control del fin que motiva el acto administrativo; verificando el cumplimiento de los principios que protegen los fines públicos.

## **6. Carácter subjetivo u objetivo de la desviación de poder**

Partiendo de la intencionalidad del titular del órgano que emana el acto, algunos autores proponen que la desviación de poder se configura solamente



si existe la “intención” de lograr otros fines distintos a los establecidos por la Constitución o la ley. Así, Chinchilla manifiesta que:

“Si la administración no persigue el apartamiento, pero de hecho se produce, el acto será ilegítimo, pero entonces ya no estaremos ante una desviación de poder, sino ante un error de hecho o de derecho, cuya técnica de fiscalización será el control de los hechos determinantes”. (Chinchilla, citado en Atienza y Ruiz, 2006, p. 102)

Sin embargo, los autores Atienza y Ruiz (2006) proponen que objetivamente si se puede producir desviación de poder, como en el ejemplo, que en materia de planeamiento urbanístico, a continuación se cita:

“La Administración califica a un determinado terreno como verde privado de interés especial. Como consecuencia de esa calificación se produce un daño para el propietario, ya que, no puede proceder a edificar (...), es injustificado, porque con independencia de la intención que haya tenido el órgano al calificar así el terreno, la medida es arbitraria en vista de que no cumple con las características de esa calificación y existe un principio que proscribe la arbitrariedad (...); de la valoración de ese principio se genera una nueva regla según la cual no está permitido calificar un terreno sin cumplir las características determinadas en el Plan de Ordenación (...), en consecuencia la declaración de “verde privado de interés especial debe considerarse inválida” (p. 103).

Con la concepción objetiva de la desviación de poder se da vigencia a la figura jurídica en estudio, que permite cumplir las aspiraciones de justicia y la racionalidad de las decisiones de la administración pública, pues aunque el acto está legalmente constituido, no deja de ser arbitrario y por lo tanto debe ser invalidado. Si bien bajo la concepción subjetiva es reprochable que el titular del órgano del cual emana el acto persiga intencionalmente un fin distinto al fijado por el ordenamiento jurídico, y con esta intencionalidad se vicie el acto administrativo, en la práctica es muy difícil de probar la intencionalidad, salvo pocas excepciones en donde el funcionario de la administración deje rastros de su obrar. Es por eso que el derecho administrativo ecuatoriano y el criterio



de los jueces de lo contencioso administrativo, atendiendo a la interpretación evolutiva y teleológica, debe considerar primordialmente la concepción objetiva de la desviación de poder, como acertadamente proponen los autores mencionados, para que se permita un control de la actividad de la administración adecuada a los principios y en pro de una verdadera administración de justicia.

## **7. Requisitos para la configuración de la desviación de poder**

A criterio de Carmen Chinchilla “los requisitos de la desviación de poder son los tres siguientes: que se trate del ejercicio de una potestad; que la potestad tenga carácter administrativo; y que la conducta desviada suponga un apartamiento de un fin” (Chinchilla, citado en Atienza y Ruiz, 2006, p. 104).

Atienza y Ruiz (2006) proponen para la configuración de la desviación de poder las condiciones que a continuación se detallan:

- 1) Existencia de una regla regulativa que permite al órgano utilizar el poder público para producir un resultado: un acto administrativo o una disposición jurídica;
- 2) Producción, como consecuencia, de un estado de cosas que genera un daño injustificado o un beneficio indebido, resultado del balance entre principios que justifican la regla que confiere el poder y los otros principios del sistema. Además de que no haya una regla que prohíba el resultado;
- 3) Que el resultado (acto administrativo o disposición) sea un medio para alcanzar cierto estado de cosas, porque al momento de ejercer el poder público se perseguía esa finalidad (subjetivamente), o, porque el acto administrativo o la disposición jurídica son necesarios objetivamente para conseguir la consecuencia, aunque el órgano no tuviera esa la intención; y,
- 4) Que el balance entre los principios tenga fuerza suficiente para generar una nueva regla que prohíba el ejercicio del poder público para

llegar a cierta consecuencia, por lo que el acto o la disposición a través de los cuales se generó deben ser invalidados.

Para Manuel María Díez “la desviación de poder envuelve una noción teleológica, esto es, el fin perseguido por la autoridad administrativa. El concepto de desviación de poder permite un estudio acabado de los móviles que guiaron al agente administrativo para dictar el acto, que por tener todos los otros elementos tiene una máscara de legalidad. Para que ocurra la desviación de poder son necesarios cuatro elementos importantes: a) Autoridad administrativa; b) Competencia; c) Que haga uso de poder; y, d) Para un fin distinto del conferido por la ley” (Díez, citado en Bejarano, 2014, p. 85).

La desviación de poder es el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, vía Constitución o ley (Chinchilla, citado en Nasser, 2006). Para la misma autora, la desviación de los fines públicos, se ha de verificar a través de una interpretación teleológica, más allá del aspecto positivista o literal, recurriendo a los principios que justifican la regla que confiere el poder. La desviación de poder no solo se produce cuando el fin perseguido es ajeno al interés general sino cuando se trata de fines públicos, pero ajenos a los legalmente establecidos, que provocan un daño injustificado o un beneficio indebido (Chinchilla, citado en Atienza y Ruiz, 2006).

Por último, empleando el criterio de Juan Cassagne, es importante recalcar que la desviación de poder se produce cuando se afecta la finalidad, que es un requisito esencial del acto administrativo (cumplir con el interés público o bien común), siendo este un elemento autónomo y diferente de la causa. La causa tiene que ver con los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto, en cambio la finalidad responde a los efectos que se persiguen al emitirlo. En la desviación de poder: el beneficio personal, de un tercero o un fin de la Administración distinto al establecido en la ley (Cassagne, citado en Bejarano, 2014).

## CAPÍTULO III

### La desviación de poder en el Ecuador y en el derecho comparado

#### 1. Fundamento constitucional

La Constitución de la República del Ecuador establece en el artículo 1 que: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”; y, que es un Estado Constitucional de derechos y justicia, en consecuencia, el poder público tiene como principal límite de su actuación el respeto a los derechos y los fines públicos.

Dentro del capítulo séptimo que regula la administración pública, en su artículo 227 se determina que: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.

La administración pública es ejercida por los órganos y entidades establecidos en el artículo 225 de la Carta Magna que determina la composición del sector público por:

- “1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social;
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado;
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y,
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”; en cuanto, ejerzan funciones materialmente administrativas”.



En el artículo 226 ibídem, se establece el principio de legalidad y juridicidad de la actuación administrativa, por el que:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

En este mandato se recoge el fundamento constitucional de la institución jurídica de la desviación de poder, pues las servidoras y servidores públicos están legitimados para ejercer sus competencias y facultades, en tanto, actúen conforme lo determina la Constitución y la ley. Dentro de estos cuerpos normativos están establecidos los fines que la administración pública debe perseguir y por los cuales se le atribuyó la competencia a los diferentes órganos y entidades, así como los principios que guían esa actividad.

“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”; así lo dispone el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República.

En el artículo 3 ibídem, como uno de los deberes primordiales del Estado, en el numeral 4 consta: “Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico”; en doctrina, denominado principio de ética pública, como base de un actuar administrativo que persiga el bien común, sin ser desviado hacia fines no previstos en la Constitución y la ley.

Complementariamente, en el artículo 83 ibídem se determina que: “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin

perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir; y, 11. Asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, de acuerdo con la ley”.

En definitiva, los actos administrativos, en los que se expresa la voluntad de la administración pública por medio del titular del órgano o entidad (persona o personas físicas), por los fundamentos constitucionales expuestos, no pueden estar destinados al cumplimiento de fines personales, de terceros o de la propia administración, distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico, pues deben velar por el interés general y el buen servicio a la colectividad.

## **2. La desviación de poder en el ordenamiento jurídico ecuatoriano**

La desviación de poder se encuentra recogida en cuerpos normativos pertenecientes al Derecho Público, de diferente jerarquía, que como se dijo, no explican el alcance y contenido de la institución jurídica, solo se limitan a mencionarla dentro de sus textos normativos, sin embargo ha sido objeto de interés por parte la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en el artículo 95 establece:

“Todos los demás actos que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico que las señaladas en el artículo anterior, inclusive la desviación de poder, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad tan pronto como dichos vicios sean encontrados con el propósito de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico”. En el artículo 130 numeral 1 ibídem se determina que: “Son anulables los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el artículo 372 regula los vicios susceptibles de convalidación, con similar texto al primer artículo citado, dice:



“Todos los demás actos no enumerados en el artículo anterior, que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico, distintas de las que se señalan en el mismo, inclusive la desviación de poder, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad tan pronto como dichos vicios sean encontrados. La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio”.

El Código Orgánico General de Procesos determina en el inciso primero del artículo 300 que:

“Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder”.

El Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de la Administración Pública, expedido mediante Decreto Ejecutivo 3179, publicado en el Registro Oficial 686 de 18 de octubre de 2002, aplicable a la Administración Pública Central e Institucional de la Función Ejecutiva, en su artículo 2 inciso primero dispone que:

“La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue”.



Complementando la anterior norma jurídica, el artículo 4 ibídem, que trata de la motivación, la establece como una herramienta que permite evitar la desviación de poder e impone que:

“Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento.

La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución.

La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Aquella será atacable en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo”.

Válidamente se expresa en la consideración de motivos del mencionado reglamento:

“Que la potestad discrecional se encuentra limitada por las normas procedimentales y por los principios inspiradores del ordenamiento pues la potestad discrecional, que puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público, si fue otorgada por la norma, ha de llevarse a la práctica en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, garantizando que la decisión pueda ser calificada, aparte de racional como razonable”; y, “Que en todo acto concurren elementos

reglados y discrecionales y que no existen los actos discrecionales puros, por lo que si bien la elección discrecional se basa en criterios extrajurídicos de decisión, a ella concurren elementos predeterminados por el derecho, que son básicamente delimitados por la propia potestad atribuida al órgano”.

La potestad es “el poder público único del Estado, dosificado y distribuido para su efectivo ejercicio, en el cumplimiento de fines específicos, entre varios órganos, además sometido al Derecho formal positivo, en el ámbito del cual, éste, siempre tiene la última palabra” (Zavala, 2010, p. 150). La potestad discrecional, como lo establece el artículo 2 inciso segundo ibídem: “Implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano. Todo acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad discrecional reglada es impugnabile en vía administrativa o judicial”.

Cómo habíamos analizado, en base a los criterios doctrinarios expuestos, la desviación de poder puede presentarse como un vicio del acto administrativo, tanto en el acto emanado de facultades discrecionales como en el acto derivado de facultades regladas, pues siempre tendrán que cumplir el fin por el cual se le atribuyó la competencia al órgano o entidad de la administración. En este sentido la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado en la resolución publicada en la Gaceta Judicial Serie XVII, número 9, página 296, del 31 de mayo de 2002, que será analizada en mayor detalle en el capítulo siguiente. Aunque sea más difícil de identificar ese fin cuando el servidor actúa en base a una potestad discrecional, no puede admitirse la arbitrariedad, pues la finalidad del acto no podrá ir más allá del interés general, bien común o el buen servicio público.

La desviación de poder en los artículos citados encuentra la base normativa para su aplicación, pero es menester que quienes ejercen el control de la actividad administrativa hagan uso efectivo de esta herramienta que permite el control del elemento finalidad del acto administrativo. Es necesario el avance de una revisión meramente formal a una sustancial, para evitar la arbitrariedad y la injusticia.



### **3. El proyecto de Código Orgánico Administrativo, transformación de los efectos jurídicos de la desviación de poder**

Roberto Dromi (2001) al referirse a las transformaciones del derecho administrativo, manifiesta:

“El derecho administrativo comprometido con el realismo jurídico nacional, debe librar la batalla por la sencillez y la simplicidad jurídicas, dando un definitivo reto al rito. En suma, como ya dijéramos, el objetivo final es terminar con el crecimiento legislativo asistemático y la producción normativa coyuntural y transitoria. Debemos reconocer que para “saber del derecho” no basta con la fórmula sacramental de que “se lo presume conocido” y que para “salvaguardar la unidad del derecho” es insuficiente el formalismo antiguo por el que “se deroga toda ley que se oponga a la presente”. Ello es confesión del desconocimiento del derecho aplicable, y prueba de que ni los “jurisperitos” conocen siempre cuales son las normas efectivamente vigentes” (p. 89).

En el Ecuador, el Derecho Administrativo positivo se encuentra disperso en una gran cantidad de leyes, reglamentos, decretos ejecutivos, estatutos, resoluciones, etc., que son reformados, derogados y mutilados al antojo. En relación a lo dicho, el profesor Víctor Granda (2016) manifiesta que ha habido “permanentes ajustes y reformas efectuados por todos los presidentes de turno, conforme a las necesidades administrativas de sus gobiernos, solo en el régimen de Rafael Correa se reformó el ERJAFE sesenta y cuatro veces” (p. 3).

La Constitución de la República determina que las leyes serán orgánicas y ordinarias. Las leyes orgánicas, según el artículo 133 son: “1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución”. Aspecto que se pretende regular con el Proyecto de Código Orgánico Administrativo. Pero como bien manifiesta Granda (2016), el que se llegue a aprobar el Código Orgánico Administrativo:

“No significa que el Presidente no ejerza la potestad práctica o de ejecución que le reconoce también la Carta Política de “dirigir la

administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos para su integración, organización, regulación y control”; “crear, modificar, suprimir los ministerios, entidades e instancias de coordinación” y “expedir los reglamentos que convengan a la buena marcha de la administración” (Art.147.5; 6 y 13). Esta potestad reglamentaria no debe sustituir, como pretenden los autoritarios, la reserva legal que exige la Constitución para el ejercicio de la potestad de organización y los fines de la Administración” (p. 18).

El proyecto fue presentado a la Asamblea Nacional el 15 de diciembre de 2015 por el Asambleísta Vethowen Chica. Mediante resolución CAL-2015-2017-83 el Consejo de Administración Legislativa calificó el Proyecto de Código Orgánico Administrativo, que actualmente se encuentra en trámite en la Comisión de Justicia y Estructura del Estado.

Referirnos al Proyecto es importante dentro de la presente investigación, porque de aprobarse, tendría un amplio espectro de aplicación en la función administrativa. En el Libro Preliminar, Capítulo I, artículo 1 se dice que fija las normas básicas que regulan materialmente, por una parte, a la relación jurídico-administrativa entre las personas y las Administraciones Públicas; y por otra, la actividad jurídica de la administración, en especial, los actos administrativos. Este proyecto establece normas de aplicación general a la administración pública y su principal instrumento de expresión que es el acto administrativo. Desde el punto de vista subjetivo, el artículo 2 ibídem establece que es de aplicación general en todos los órganos y entidades que regulan el sector público de conformidad con la Constitución, salvo que hayan sido sometidos a un régimen especial que los excluya del ámbito de aplicación del mencionado proyecto de ley.

En el caso particular de la desviación de poder, se pretende dar un cambio, pues el proyecto de Código Orgánico Administrativo en el artículo 101, establece los requisitos esenciales de los actos administrativos, determina que: “Solo se considerarán válidos los actos administrativos expedidos por órgano competente, siguiendo el procedimiento debido y respetando los fines para los



que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide”.

Entendiendo que cuando está viciado el elemento finalidad del acto administrativo se produce la desviación de poder, en el Proyecto se concibe a este elemento del acto administrativo como esencial e indispensable para su validez. Asimismo, en el artículo 110 *ibídem*, se ubica a la desviación de poder como la primera causa de nulidad del acto administrativo y como un vicio inconvalidable: “Son nulos los actos administrativos resolutivos, que incurran en alguna de las siguientes causales: a. El que resulte de la desviación de poder, esto es, cuando violenta los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide”. En total establece once causales de nulidad, para al final del artículo 110 disponer que: “Los actos administrativos nulos de conformidad con el apartado precedente son inconvalidables. Cualquier otra infracción al ordenamiento jurídico en que se incurra en un acto administrativo resolutivo es subsanable y, en tal virtud, el acto ha de ser declarado nulo en los casos que no pueda ser convalidado de conformidad con este Código”.

En el capítulo III, de la extinción de los actos administrativos, artículo 108 *ibídem*, sobre la declaración de nulidad de los actos administrativos se establece que: “Es válido el acto administrativo mientras no se declare su nulidad y se lo extinga por una de las causales previstas en esta sección, por autoridad administrativa o judicial competente. El acto administrativo puede ser anulado total o parcialmente. La declaración de nulidad puede referirse a uno, varios o todos los actos administrativos contenidos en un mismo instrumento”.

De lo manifestado, se evidencian las siguientes diferencias entre la legislación vigente y el Proyecto de Código Orgánico Administrativo, en el trato de la desviación de poder:

1. En el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) y en el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD), vigentes, la desviación de poder es un vicio del acto administrativo que causa anulabilidad; en cambio, en el

Proyecto del Código Orgánico Administrativo es causa de nulidad del acto administrativo;

2. El ordenamiento jurídico vigente concibe a la desviación de poder como un vicio que admite convalidación; en el Proyecto de ley, por el contrario, se le trata como un vicio inconvalidable; y,

3. En el ERJAFE y COOTAD no existe definición de desviación de poder, mientras que en el Proyecto del Código Orgánico Administrativo, se le da una significación particular y se determina en que consiste dicho vicio.

Es de manifestar que en los debates que se llevan a cabo en la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, con la participación de distinguidos profesionales del derecho, juristas y miembros del Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social, así como de funcionarios de algunas instituciones del Estado, se han hecho varias observaciones al uso de la terminología y estructura de los artículos referentes a la nulidad y anulabilidad de los actos administrativos, sin embargo, nada específicamente se ha dicho sobre la variación de la naturaleza jurídica y efectos de la institución jurídica en estudio.

#### **4. ¿Debe o no convalidarse el acto administrativo que adolece de desviación de poder? Análisis jurídico en base al criterio jurisprudencial y doctrinal**

Para dilucidar si procede o no la convalidación del acto viciado con desviación de poder, es de gran ayuda remitirnos al criterio expuesto en la resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12 de noviembre de 2003, publicada en la Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. Página 4798, respecto de la convalidación de los actos administrativos, que dice:

“La doctrina ha declarado insistentemente que sí es posible que la autoridad demandada deje sin efecto el acto o resolución impugnado, que es objeto de la acción contencioso administrativa, en cuyo caso, efectivamente, desaparece el objeto de la litis que es, o fue, el acto o



resolución impugnado, distinto es el caso en el cual la autoridad demandada usa esa competencia para ratificar, que es lo mismo que convalidar el acto o resolución impugnado. En este supuesto, no hay desaparición del acto o resolución impugnados, sino, todo lo contrario, insistencia, ratificación, convalidación del mismo, con lo cual el Tribunal de lo Contencioso Administrativo está en la inexorable obligación de dictar sentencia. Siguiendo el insigne tratadista uruguayo Enrique Sayagués Lazo en su libro Tratado de Derecho Administrativo (pp. 511, 512) dice: "en ciertos casos y reuniéndose determinadas condiciones, un acto inválido puede ser regularizado por otro acto administrativo posterior. En ese supuesto el acto irregular queda convalidado. Acerca de la terminología a usar en esta materia hay todavía mucha confusión en los textos legales, en la doctrina y en la práctica administrativa. Corrientemente se usan las expresiones de confirmar, revalidar, ratificar, aprobar, sin un sentido uniforme. Como el alcance que le atribuimos al acto de convalidación abarca las distintas hipótesis en que la administración puede regularizar un acto inválido: reiterando el acto y llenando entonces todas las formalidades; pronunciándose el órgano competente; obteniéndose la autorización y aprobación que faltaba, etc. desde luego que no todos los actos pueden ser convalidados. Los actos radicalmente nulos, por falta de sus elementos esenciales, no pueden serlo" (...) El pronunciamiento de la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, al considerar que un acto de convalidación del Intendente de Compañías de Quito, Dr. Roberto Salgado Valdez, extingue el acto convalidado -e impugnado-, no es jurídico ni admite sustento al menos lógico. Todo lo contrario, la convalidación deja vigente el acto convalidado; con lo cual el razonamiento del Tribunal de que se ha extinguido ese acto y con ello dejó de tener sustento la demanda de Jáuregui es por decir lo menos equivocada. A ello hay que aportar que esa misma autoridad se allanó previamente a la demanda de Juan Jáuregui, con lo cual su posterior resolución convalidatoria de la resolución impugnada, es contradictoria".

Doctrinariamente rescatamos las siguientes consideraciones que ha merecido la convalidación del acto administrativo:

Según González Navarro (1997): “La subsanación se ha entendido como una técnica o una manifestación de la convalidación de actos que consiste en la producción de un acto administrativo que, por un lado, corrige el vicio de que adolecía un acto inválido, y por otro, mantiene intactos el contenido de ese acto y los efectos que ha venido produciendo hasta ese momento. La corrección de la invalidez de un acto puede llevarse a cabo de dos maneras: 1. Corrección del acto inválido mediante la destrucción del acto; y, 2. Corrección de la invalidez mediante la extirpación de la causa que la produce, subsistiendo el contenido del acto que estaba viciado” (p. 474).

La primera forma de corregir la invalidez hace relación a la extinción del acto por adolecer de vicios graves que no admiten convalidación, por ser declarado nulo; en cambio la segunda consiste en la convalidación porque conserva el contenido del acto administrativo.

El principio de conservación del acto administrativo interviene en la temática. Considera el profesor Raúl Letelier Wartenberg que es importante que la conservación del acto tenga una fuerte justificación y precisamente tiene que ver con el fin del acto administrativo, el autor nos dice que “un acto es válido cuando el derecho tiene interés en conservarlo, y esto ocurre siempre que con la conservación de dicho acto se alcance un fin que el ordenamiento considera digno de protección” (citado en Nesvara, 2015, p. 57).

“Para el autor entonces, la solución al problema de la validez sigue siendo el de determinación de qué es lo legal y lo ilegal. Pero explica que lo que se entiende por legal o ilegal se ha ido complejizando con el tiempo. En los orígenes del control contencioso administrativo la legalidad era construida desde una perspectiva externa o formal, pero desde mediados del siglo XIX esa legalidad comenzó a complejizarse incorporándose principios jurídicos y factores internos como los motivos del acto o su causa. Un ejemplo es la incorporación de la desviación de



poder como causal de nulidad del acto. En este sentido, los fines que el derecho busca proteger, también se entienden incorporados como parte de la legalidad del acto, y eso es lo que determina su validez y su conservación” (p. 57).

De los criterios expuestos en la jurisprudencia y la doctrina, citadas dentro de este tema como en el resto del trabajo, para exponer mi criterio acerca de si procede o no la convalidación del acto administrativo que adolece de desviación de poder, el que considero necesario porque difieren la normativa vigente y la que se pretende expedir, hago las siguientes consideraciones:

1. El elemento finalidad del acto administrativo es un elemento esencial del acto administrativo, no uno meramente formal, pues atañe a la legitimidad del ejercicio de la potestad administrativa dentro del Estado de Derecho, en nuestro caso del Estado Constitucional de derechos y justicia;

2. Los fines públicos y los principios que justifican la atribución de las competencias y facultades a la administración pública están incorporados en el ordenamiento jurídico vigente y por lo tanto su observancia atañe a los principios de legalidad y juridicidad;

3. La administración pública al desviarse de los fines y principios antedichos incurre en desviación de poder, cuya naturaleza es la de ser un vicio de legalidad del acto administrativo, por las razones antes expuestas;

4. La convalidación del acto administrativo implica que sea conservado, ratificado, en su contenido eliminando el vicio formal de que adolece; y,

5. Existe una evidente confrontación entre el fundamento jurídico de la desviación de poder y su consideración en el derecho vigente como causa de anulabilidad y vicio convalidable.

En mi opinión la desviación de poder no constituye un vicio que admita convalidación, pues afecta un elemento esencial del acto administrativo, por una parte, y, por otra, el ejercicio de las potestades y competencias públicas no puede ser subsanado por la propia administración si se lo ha hecho



destinado a fines diferentes a los establecidos en la Constitución y la ley, pues como la Norma Suprema lo establece la administración pública constituye un servicio a la colectividad que no puede destinarse a la satisfacción de intereses personales, de terceros o de la propia administración, pero diferentes a los establecidos en el ordenamiento jurídico.

En base al discernimiento de Parada (2012) por el que: “Unos vicios originan simplemente una nulidad relativa o anulabilidad que se cura con el simple transcurso del tiempo o la subsanación de los defectos, mientras que otros están aquejados de nulidad absoluta o de pleno derecho lo que conduce irreversiblemente a la anulación del acto” (p. 172), además de los juicios de Atienza, Ruiz, Chinchilla, Cassange, entre otros criterios autorizados, concuerdo en que la desviación de poder no debe ser considerada como un vicio que admita convalidación.

Con respecto al Proyecto de Código Orgánico Administrativo, por los fundamentos jurídicos presentados, concuerdo con la calificación de la desviación de poder como causal de nulidad de pleno derecho que no admite convalidación. Es de esperar que con esta categoría, así como con la definición que se le otorga, se produzca un renacimiento de este mecanismo de control de la actividad administrativa, sobre todo de los actos discrecionales, para que no sean sinónimo de arbitrariedad. De aprobarse este Proyecto requerirá de una reforma a la normativa vigente, la que debería ser expresa para contribuir con la eficaz aplicación de esa institución jurídica, garantizar la seguridad jurídica y evitar antinomias que resolver en el futuro.

## **5. El control judicial de la desviación de poder. Relación a lo establecido en el Código Orgánico General de Procesos**

El Código Orgánico General de Procesos, en la disposición reformativa primera establece que: “En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga: 1. "Código de Procedimiento Civil"; "Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa" y "Ley de Casación", por "Código Orgánico General de Procesos". Este nuevo cuerpo normativo procesal es aplicable al ámbito de la administración pública, como norma





procesal supletoria en los procedimientos y recursos que se sustancian en sede administrativa, y como norma principal en el caso del proceso contencioso administrativo, en vista de que la disposición derogatoria tercera ibídem dispone: “Deróguese la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en el Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968 y todas sus posteriores reformas”.

El Código Orgánico General de Procesos, a diferencia de lo que establecía Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que se refería a recursos –objetivo y subjetivo-, determina las acciones que pueden ser planteadas en el procedimiento contencioso administrativo en el artículo 326, que son las siguientes:

- “1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos;
2. La de anulación objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal;
3. La de lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público”; y, las acciones especiales.

La jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico administrativa, incluso la desviación de poder, de acuerdo con el artículo 300 ibídem. Es objeto de conocimiento de los tribunales de lo contencioso administrativo la desviación de poder, porque:



“...en el Derecho del Estado constitucional sería inconcebible que no existiera una institución que permita controlar que el uso de los poderes públicos tenga lugar en conformidad con los principios constitucionales; (...) el necesario otorgamiento a la Administración de amplios poderes para la persecución de los fines públicos necesita un control jurídico (...) recurriendo a los principios” (Atienza y Ruiz, 2006, p. 103).

Particularmente, “el acto administrativo, en su calidad de acto productor de efectos jurídicos directos, puede ser impugnado mediante recursos administrativos o acciones y recursos judiciales” (Dromi, 2008, p. 168). Después de que el acto administrativo es emitido se puede realizar un control sucesivo en vía administrativa o judicial cuando adolezca de vicios, a pesar de que ya haya producido en todo o parte sus efectos, de esta forma se puede evitar que se generen consecuencias irreversibles que deriven de un acto irregular, “de no ser posible la convalidación, deberá si el vicio no es grave, declararse la anulabilidad del acto” (Moreno, 2014, p. 66); y si es grave la nulidad de pleno derecho.

Dromi (2001) afirma que el Estado fiscalizador “tiene el deber indelegable de garantizar el ejercicio de los derechos a unos y a otros. (...) El poder del Estado de limitar a la libertad también tiene sus limitaciones, dadas por la legalidad, por la que el Estado se ajusta a lo que le impone el orden jurídico: Constitución, ley y reglamento, y la razonabilidad, conveniencia y oportunidad. Por ello el límite a las limitaciones garantiza al ciudadano, al administrado, que el obrar de la Administración sea legítimo, equitativo y justo” (p. 62).

La razonabilidad, la motivación y la desviación de poder son límites mínimos que la administración debe cuidar, sobre todo en el ejercicio de la discrecionalidad, porque en caso de ser transgredidos provocarían la nulidad del acto administrativo.

El control judicial de los actos de la administración pública es trascendental para garantizar el ejercicio legítimo del poder público y los derechos del administrado, así lo manifiesta Dromi (2001):



“El control, como elemento esencial de la organización política, no puede quedar en lo meramente formal, sino que la Constitución lo instaure de modo tal que lo transforma en una herramienta real y efectiva, diseñando un sistema eficaz, integrado y confiable. (...) Sin control no hay responsabilidad y si no hay responsabilidad las medidas de protección social son falaces. (...) Para el logro de este fin se instituyó la jurisdicción con jerarquía de poder, con carácter de independiente, asignándole la misión política de control, primordialmente de constitucionalidad, y le encomendó también la producción del derecho justo, a través de la interpretación de la ley o de la propia creación jurisprudencial” (pp. 42-43).

Hace algún tiempo se creía que la desviación de poder tenía un carácter subsidiario. Juan Cassange, sobre la caracterización subsidiaria de la desviación de poder, esto es, que la acción por desviación de poder procede solamente cuando el acto es aparentemente legal por cumplir con todos los elementos objetivos, pero se encuentra viciado en el elemento subjetivo de la finalidad, manifiesta que:

“Esta postura no puede compartirse habida cuenta que no es imprescindible que el acto administrativo sea inobjetable en todos sus elementos para que proceda la investigación judicial acerca de la finalidad que el mismo persigue. La tesis que propiciamos encuentra apoyo en una serie de argumentos: a) en primer término, porque no se comprende cuál es la razón por la cual se admite la investigación judicial acerca del fin del acto en un caso y no se la admite en otro; b) porque el carácter subsidiario responde a una interpretación efectuada sobre la base de lo acontecido en Francia, que si bien resulta explicable por razones históricas, no puede aplicarse sin más a nuestro derecho; c) en mérito a las razones de moralidad y justicia que presiden toda la construcción de la teoría; d) porque aun aceptando como valederos los argumentos fundados en la conveniencia de que el juez no analice los verdaderos motivos que llevaron al agente a emitir el acto, no puede desconocerse que, en nuestro sistema, el acto puede ser extinguido en sede administrativa por dicha causal, en cuyo caso desaparecen tales

objeciones; y e) por último, de acuerdo con la clasificación de la nulidad según el grado de gravedad de la invalidez (absoluta o relativa) bien puede suceder que el acto adolezca de un vicio diferente, según el elemento que se considere afectado. Ahora bien: ¿cuál es la naturaleza de la invalidez que entraña un acto con desviación de poder? Al respecto, participamos de la opinión de quienes consideran que en tal caso la sanción que corresponde es la nulidad absoluta del acto en la inteligencia de que la traición al fin que el acto debe perseguir no puede ser saneada, so pena de controvertir principios fundamentales que integran el orden público administrativo (ética, legalidad y justicia)” (Cassagne, citado en Bejarano, 2016, p. 91).

### **5.1. El proceso contencioso administrativo**

Con la Revolución Francesa creadora del Estado de Derecho se establecieron las bases necesarias para que se genere el control jurisdiccional contencioso administrativo sobre la actividad de la administración pública; fue el Estado Constitucional subsiguiente a la referida revolución, el que inició la real estructuración de la justicia administrativa, como un instrumento de protección al particular, que de ser súbdito pasa a ser ciudadano.

Así, los actos administrativos quedan sometidos al control judicial posterior a su emisión. Los tribunales de lo contencioso administrativo son los encargados de realizar el control de legalidad de los actos de la administración pública. A decir de Zavala (2010):

“Para la administración pública la vigencia del Estado de Derecho determina un marco de actuación rígido:

1. El que configura la Constitución y la División de poderes públicos;
2. El principio de legalidad (juridicidad) que somete a todas las administraciones públicas;
3. El control judicial de la legalidad de actuación administrativa; y,

4. La integridad patrimonial en caso del sacrificio o lesión al interés privado por razón de interés o actuación pública” (p. 148).

El control judicial a través del proceso contencioso administrativo es importante para garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico y asegurar los derechos de los administrados, evitando que la Administración abuse del poder que le ha sido conferido, se desvíe del mismo o no cumpla con sus competencias según lo determina la Constitución y la ley.

Para que exista un efectivo control judicial es necesario que el derecho del Estado sea eficaz, justo y garantice los principios democráticos. “De acuerdo con la orientación del sistema político será la instrumentación jurídica. Si el Estado va a la democracia, uno será el derecho; si el Estado va a la autocracia; otras serán las normas jurídicas reguladoras de la realidad social” (Dromi, 2001, p. 30). Pero así mismo, es importante recordar que “el derecho no se agota en la normocracia. No es solamente la ley. La idea “normocrática” no sintetiza al derecho ni al Estado” (p. 33).

El rol de los jueces debe ser preponderante para evitar que la arbitrariedad se imponga, socapada muchas veces por la visión formalista, que no permite avanzar al análisis del contenido o sustancia del acto y del ejercicio de las potestades públicas. La mayoría de administradores de justicia prefieren quedarse en la zona de confort, no contribuyen con la evolución del derecho a través de la jurisprudencia y la hermenéutica jurídica, no emplean todas las herramientas con que cuentan para ejercer de manera efectiva el rol que se les ha encomendado, aún más importante en el ámbito contencioso administrativo, porque implica contrarrestar el poder de los órganos y entidades que actúan a nombre del Estado ejerciendo la función administrativa. El aparato estatal pocas veces, más bien casi nunca en el actual régimen, ha sido sancionado como corresponde por las irregularidades cometidas. Si, como se dice en el preámbulo de la Constitución de la república, “NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador”, en ejercicio de nuestra soberanía, aprobamos la Constitución y decidimos que: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”, no

podemos consentir en la existencia de un Estado que a través de sus órganos y entidades pase por encima de los derechos, ni tampoco que las potestades y competencias públicas no sean encaminadas a los fines específicos previstos en el ordenamiento jurídico, al interés general y al buen servicio público.

Es oportuno citar un pensamiento de la autoría de Roberto Dromi (2001), que a mi parecer debería ser la aspiración de todos quienes nos hemos relacionado con la abogacía: profesionales en libre ejercicio o servidoras o servidores públicos, juristas, estudiantes de derecho, pero sobre todo a los administradores de justicia, que concibe al derecho como una herramienta para alcanzar la justicia:

“El derecho debe ser la herramienta de la verdad. Si el derecho es verdadero, el bien será posible y la libertad realizable. Ya no alcanzan ni las lógicas del idealismo puro ni del realismo práctico. El derecho no es una opción entre el cielo y el infierno. El derecho, como herramienta de la verdad, hace justicia y denuncia la injusticia, porque el derecho es justicia o no es derecho. El derecho como verdad no calla ni tolera la injusticia. El occidente del derecho está, entonces, en la verdad de la razón y del corazón” (Dromi, 2001, p. 31).

El control de legalidad por parte de los jueces de lo contencioso administrativo del vicio que motiva el presente trabajo, tiene como sustento la teoría de la legalidad de la desviación de poder, por la que se afirma que este vicio se configura con un acto administrativo que infringe la ley. Díez la aborda en el siguiente sentido:

“La legalidad implica la obediencia a un texto legal explícita o implícita, en su letra y en su espíritu, El espíritu de la ley debe ser preferido a la letra en lo que respecta a la interpretación de la misma. La violación del espíritu de la ley constituye una violación de la ley, por lo cual la desviación de poder es también una forma de ilegalidad. Examinar el fin es examinar la legalidad del acto. Por medio de la desviación de poder no se trata de juzgar los actos administrativos por lo que pudieran significar como valores legislativos frente a la moral sino en tanto y en



cuanto constituyen violaciones de la ley” (Diez, citado en Bejarano, 2014, p. 93).

El sometimiento de la administración pública a la Constitución “otorga legitimidad al ejercicio de sus potestades (intervención) sobre los administrados y justifica el control revisor externo de su íntegra actividad por parte de los órganos judiciales, el que se sustenta en el principio de legalidad de la actividad de los poderes públicos administrativos” (Zavala, 2010, p. 145).

El principio que debe regir en el control judicial es el de juridicidad, por el que “las actuaciones de la administración pública se dan a través de un conjunto de normas y reglas preestablecidas, esto es, el conjunto de competencias, potestades, facultades que el agente u órgano administrativo tiene para cumplir sus funciones (...), si la administración pública está materialmente constituida por el derecho, significa que estos dos componentes -administración pública y derecho- son inseparables” (Moreno, 2014, p. 101).

Esta dualidad es la que corresponde verificar a los jueces de lo contencioso administrativo en la actuación de la administración pública, incluso cuando ejerza facultades discrecionales, en auxilio de este compromiso existen instituciones que permiten hacer efectivo este control a cabalidad, la desviación de poder es una de ellas, por eso su tratamiento en el presente estudio.

## **5.2. Los desafíos probatorios**

Según el profesor Aylwin la desviación de poder “en el plano teórico es fácil concebir, sin embargo, en la práctica, con frecuencia, resulta difícil determinar el vicio que afecta al fin del acto, porque, como es obvio, éste no resalta en forma tan clara, utilizándose una serie de artimañas para ocultar la ilegitimidad” (Aylwin, citado en Bejarano, 2014, p. 74).

La presunción de legitimidad que respalda a los actos administrativos “...se caracteriza por ser relativa, provisoria, transitoria, clasificada clásicamente como presunción “*iuris tantum*”, pues el interesado puede

demostrar que el acto viola el ordenamiento jurídico (...); -entonces- la presunción de legitimidad atañe a la carga de la prueba (...), -porque- el que impugna la legitimidad de un acto administrativo carga con la prueba de tal circunstancia” (Dromi, 2008, p. 122).

Los doctrinarios que a continuación se citan han considerado los inconvenientes que en relación a la prueba de la desviación de poder generalmente se presentan dentro del proceso contencioso administrativo y las soluciones que debieran darse en la práctica procesal:

Parada (2012) manifiesta que: “El proceso para determinar que existe el vicio de la desviación de poder comienza por la determinación de la finalidad o intención del legislador al asignar la competencia, para después averiguar la finalidad realmente perseguida por el autor del acto y comparar, por último, la primera con la segunda. De todo este proceso lo más complejo es, sin duda, el descubrimiento y la prueba de la intención con la que actuó la autoridad administrativa, que lógicamente disimulará sus verdaderas intenciones si fueren espúreas”, [es decir, ilegítimas] (p. 130).

Agustín Gordillo considera que: “La desviación de poder, a diferencia de la razonabilidad, presenta la dificultad probatoria de que por tratarse de intenciones subjetivas del funcionario, es necesario encontrar pruebas indiciarias o elementos probatorios circunstanciales, para poder acreditar que la finalidad desviada realmente existió; pocas veces es el acto mismo el que permite demostrar, a través por ejemplo de su motivación, que adolece de este vicio: más normalmente la prueba resultará de un conjunto de circunstancias ajenas al aspecto externo del acto, pero que están en la realidad y en los antecedentes del caso” (Gordillo, citado en Bejarano, 2014. p. 84).

Una de las principales dificultades que presenta la desviación de poder es la probatoria dice Gordillo, pues a veces hay una desviación existente pero que no puede acreditarse; pero no debe pensarse que esta dificultad sea insalvable porque:





“...muchas veces el funcionario que persigue una finalidad distinta de prevista por la ley deja rastros de su conducta, que se pueden acreditar por prueba documental, testimonial, o indiciaria, y que sirven para demostrar la finalidad persecutoria de favoritismos, etc. Expresiones vertidas por el funcionario ante terceros, actos de procedimiento que no aparecen objetiva y razonablemente motivados y que indican por ello una finalidad desviada, etc., pueden ser elementos de prueba para la desviación de poder” (p. 89).

“Para Díez Manuel María “la apreciación del vicio de desviación de poder es difícil, porque es necesario controlar el móvil, que es materia del fuero íntimo del funcionario y, en consecuencia, difícil de determinar. Sin embargo, un examen cuidadoso del expediente administrativo puede suministrar elementos valiosos para llegar a determinar si ha habido o no desviación de poder. La finalidad constituye la razón que justifica la emisión del acto. Por eso se dice que la finalidad en relación al contenido del acto actúa teleológicamente. No basta que el órgano administrativo proceda inspirado con un fin cualquiera de interés general, porque para la validez del acto es necesario que se tenga en vista la finalidad específica para la que le ha sido conferida la competencia. El fin del acto reside en el resultado final que el objeto del acto debe alcanzar o sea en el resultado que determina el efecto jurídico producido por el acto. Por ello el fin es un elemento subsiguiente del acto, distinguiéndose netamente del objeto y de la causa. En el acto se parte de la causa, pasando por el objeto para llegar al fin. Como que la ley no obliga a que en el acto se exprese la finalidad, es posible que en algunos supuestos sea difícil determinar el vicio de desviación de poder (...) En el supuesto de control por desviación de poder, el juez tendrá que analizar las intenciones subjetivas del agente público. Tendrá que determinar sus móviles. Se haría entonces una fiscalización de lo más íntimo del acto: los móviles que presidieron las actuaciones de la administración. La investigación del juez será, entonces, muy delicada y completamente distinta del control de los elementos objetivos del acto que son la competencia, la forma y el contenido. Por lo demás, es de

señalar que la apreciación de este vicio será sumamente difícil, por cuanto el órgano administrativo, que ha actuado por móviles ajenos al servicio, se habrá preocupado de ocultarlos y no dará a publicidad sus intenciones. Como dijimos, el juez tendrá que averiguar las intenciones subjetivas del agente público, vale decir sus móviles. Esto explica lo que la doctrina francesa llama declinación de la desviación de poder; es lo mismo que decir que habrá menos supuestos de vicios por desviación de poder, porque el acto se tratará de anular partiendo de otros vicios de más fácil constatación. Se ha llegado a decir entonces que la investigación realizada por el juez en los casos de desviación de poder tiene carácter subsidiario porque se tratará de eliminar el acto en mérito a otros vicios que le afectan y que sean de más fácil comprobación. Entendemos que el juez, sea o no legítimo el acto en los restantes elementos, puede analizar si el fin también lo es porque se trata precisamente de un elemento” (Diez, citado en Bejarano, 2014, p. 90).

Diez opina que: “El particular tendrá que demostrar que ocurrieron ciertos hechos en conexión con la formación del acto administrativo, hechos que demostrarán que el fin tenido en cuenta por el agente no eran los fijados por el legislador. Podrá realizarse una prueba de dolo o de mala fe en los terceros cuando este dolo o mala fe haya sido determinante de la conducta de la administración, pero evidentemente el juez tiene un elemento a su favor, que es analizar la documentación del expediente administrativo en el cual se ha formado el acto. Podrá admitirse también una prueba testimonial, como prueba indiciaria, pero apreciada con criterio restrictivo, y exigiendo que las presunciones sean graves, precisas y concordantes” (p. 91).

En la investigación realizada por Enrique Sayagúes concluye que: “En cuanto a los medios probatorios el Consejo de Estado mantiene un prudente equilibrio. No realiza investigaciones para aclarar los móviles de la administración, ni llama a declarar a los funcionarios, ni recibe prueba testimonial, exigiendo que la prueba surja de los antecedentes que constan en el expediente administrativo o de los documentos que por cualquier otro medio se incorporan al expediente judicial. Pero en

razón de las dificultades probatorias admite la prueba indiciaria, siempre que las presunciones sean graves, concordantes y precisas” (Citado en Bejarano, 2014, p. 95).

En España “el Tribunal Supremo parece dulcificar la exigencia de una prueba contundente y absoluta de la desviación de poder, bastando con que, además de indicar claramente cuál es la finalidad perseguida por la Administración, el interesado justifique con una prueba suficiente para lograr la convicción del Tribunal sobre la divergencia de los fines” (Chinchilla, citado en Parada, 2012, p. 131).

Con el Código Orgánico General de Procesos esta manera de valoración de la prueba ya no es solo un referente doctrinario o de derecho comparado, sino que está contemplada en el artículo 172, inmerso en el Capítulo Reglas Generales, Título II Prueba, aplicable por lo tanto al proceso contencioso administrativo, establece que:

“Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes, adquieren significación en su conjunto cuando conducen unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos. Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial”.

En el marco de una corriente de innovación del proceso acorde al Estado Constitucional, la propuesta del Código Orgánico General de Procesos procura que los procesos tengan estructuras básicas y establecer normas que cumplan el principio de simplificación con respecto a la prueba, para que de esta forma los medios de prueba sirvan efectivamente para aportar elementos de juicio en la decisión del juzgador, conforme se expresa en la exposición de motivos del mencionado cuerpo normativo. El artículo 302 ibídem, perteneciente al Capítulo II del Procedimiento contencioso administrativo y contencioso tributario, señala que:



“Las controversias sometidas a conocimiento y resolución de las o los juzgadores de lo contencioso tributario y contencioso administrativo se sujetarán a las normas especiales de este capítulo. Las normas generales de este Código serán aplicables a las materias contencioso tributaria y administrativa, en lo que no se oponga a las de este capítulo, aunque considerando la supletoriedad de las leyes de cada materia”.

El artículo 310. *Ibíd*em señala normas especiales relativas a los medios de prueba aplicables; dice:

“Para las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas son admisibles todos los medios de prueba, excepto la declaración de parte de los servidores públicos. Los informes que emitan las autoridades demandadas por disposición de la o del juzgador, sobre los hechos materia de la controversia, no se considerarán declaración de parte”.

De los artículos citados, se colige que no existe objeción para aplicar el artículo 172 del Código Orgánico General de Procesos, para que los jueces de los tribunales de lo contencioso administrativo puedan superar la barrera probatoria que existe con respecto a la desviación de poder. Si el actor acredita de manera suficiente la existencia de la desviación de poder, es decir el apartamiento de los fines y principios que guían el ejercicio de la función administrativa, que como ya se analizó se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico, con prueba que en conjunto sea precisa, concordante, conducente de manera inequívoca y suficiente para demostrar la existencia del vicio alegado, el juzgador debe declarar la nulidad del acto administrativo, aplicando la presunción judicial; porque la desviación de poder requiere un control especial por parte de los administradores de justicia, por ser diferente de los demás vicios de los que puede adolecer el acto administrativo.

“De ahí que sea bastante para apreciar la desviación de poder que la convicción del Juez se haya producido con carácter indiciario, en función de datos objetivos, como la disparidad de tratamiento entre los administrados; la realización de graves irregularidades formales para

alcanzar un fin distinto al exigido por la norma; la insuficiencia de motivación en el sentido de que no fueron ponderadas por la Administración todas las circunstancias y necesidades impuestas por el interés general; el ejercicio de la potestad organizativa para encubrir la imposición de una sanción eludiendo así las garantías de la defensa que deben acompañar siempre al ejercicio de la potestad sancionadora”. (Ramón Parada, 2012, p. 131)

El artículo 161 ibídem establece que: “La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos. El artículo 164 inciso segundo determina que “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos”.

La mayor cantidad de elementos que permitan concluir a los jueces de lo contencioso administrativo la existencia de desviación de poder se encuentran en el expediente administrativo en cuyo marco se formó el acto administrativo, por lo que en el artículo 309 inciso segundo ibídem establece que:

“La o el demandado estará obligado a acompañar a la contestación de la demanda: copias certificadas de la resolución o acto impugnado de que se trate y el expediente original que sirvió de antecedente y que se halle en el archivo de la dependencia a su cargo”.

## **6. La desviación del fin por el que la potestad fue concedida. Criterios al respecto**

Según Santamaría Pastor (2014) la norma que otorga una potestad a la administración pública no siempre fija la finalidad que debe cumplir cuando la ejecute, por las siguientes razones:

- a) “Son inusuales los supuestos en los que una norma pone de manifiesto la finalidad para la que crea una potestad. (...) La finalidad

de una potestad es algo implícito en cualquier norma: algo que no se puede constatar, sino que, cuando menos, hay que deducir”.

- b) “Un mismo precepto puede perseguir una pluralidad de fines: la potestad expropiatoria, por ejemplo, sirve tanto al fin de que la Administración pueda obtener los bienes necesarios para la construcción de obras o la implantación de servicios público, pero también asegurar la indemnidad patrimonial del ciudadano frente a cualquier privación realizada por una Administración pública (...)”.
- c) “El fin genérico que una norma puede atribuir a una potestad apenas si tiene utilidad, porque normalmente es obvio: no sirve como contraste efectivo para medir el ajuste con dicha finalidad de cada concreto acto de aplicación (...)”.
- d) Dentro de la interpretación jurídica, “la tesis de la voluntad del legislador no soporta el menor análisis racional; y ello es así porque toda norma es el resultado de la intervención en su texto de una multitud de personas, cada una de las cuales puede haberla redactado o aprobado con fines absolutamente dispares, y aun contradictorios” (p. 201).

El mismo autor, refiriéndose a la desviación de poder señala que “el instrumento que la ley pone en manos de los órganos judiciales es extremadamente delicado, y que su aplicación debiera hacerse con una prudencia superior a la normal, solo en los casos de manifiesto apartamiento de cualquiera de las finalidades que la ley haya asignado a la potestad. Un juez que, por sensatez, pretenda resolver los litigios en base a datos objetivos y generalmente aceptables, ha de sentir una profunda incomodidad ante la perspectiva de, por así decirlo, tener que inventarse una supuesta finalidad de la ley, y de imaginar, además, unas intenciones desviadas en la autoridad que dictó el acto o reglamento impugnado” (p. 203).

Según Gabino Fraga: “Como la finalidad real del acto puede disimularse tras de una finalidad legal aparente y como por lo general, la ley no

obliga a que se exprese en el acto su finalidad, con mucha frecuencia, la desviación de la que legalmente debe de tener, queda fuera de la posibilidad de ser sancionada por medio de la nulidad. Sin embargo, en aquellos casos en que las circunstancias que concurren revelen cuál es el fin que con el acto se persigue, si se descubre que es un fin no sancionado por la ley, el acto debe ser privado de sus efectos" (citado en Bejarano, 2014, p. 85).

Para Santamaría (2014) la falta de constante aplicación de esta institución jurídica no obedece a la injerencia de la administración pública en la Función Judicial; considera que:

“En un sistema de justicia administrativa plenamente judicializado, como es el nuestro, el juez se encuentra aislado e incomunicado de la Administración autora del acto o reglamento que ha de enjuiciar; en la mayor parte de los casos, desconoce por completo la dinámica interna de la Administración, las tensiones a las que se encuentra sometida y las preocupaciones sociales, económicas y políticas a las que sirve, porque nunca ha estado integrado en ella (...)” (p. 204). Sin embargo la influencia de otras Funciones, en especial del Ejecutivo, en la Función Judicial en nuestro país es evidente.

Juan Carlos Cassagne manifiesta que: “la interpretación acerca de la finalidad de interés público que persigue el acto debe juzgarse con sentido dinámico y adecuarse a los fines sociales y económicos que presiden constantemente los grandes cambios en el Estado contemporáneo. Ello no implica una crisis en cuanto a la “desviación de poder”, sino una adaptación de la teoría al plano de la realidad que modifica el contenido del concepto, lo cual no es de extrañar, ya que las teorías e instituciones jurídicas se adaptan continuamente a la realidad” (citado en Bejarano, 2014, p. 79).

Los fines públicos, como se dejó sentado, se encuentran determinados en el ordenamiento jurídico y corresponde a los jueces valerse de la hermenéutica jurídica para desentrañarlos y verificar si el acto administrativo



persigue su cumplimiento u otros fines. La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Jurisdiccional en el artículo 3 establece:

“Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

4. Interpretación evolutiva o dinámica.-Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales;

5. Interpretación sistemática.-Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía; y,

6. Interpretación teleológica.-Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.”

En conclusión, la verificación de la desviación del fin por el que la potestad fue concedida, exige al juez además de la valoración de la prueba, emplee otras herramientas para emitir una resolución justa. La hermenéutica jurídica es valiosa en esta tarea, porque los fines están consagrados dentro del ordenamiento jurídico y no siempre están expresados de manera específica en cada norma que atribuye la competencia. Corresponde entonces al juez realizar un ejercicio de interpretación a través de los métodos citados, aplicables a la justicia ordinaria como lo establece la antedicha norma jurídica, en especial la interpretación teleológica que permitirá desentrañar el fin que sustenta la atribución de la potestad a la administración. Auxiliado también de la interpretación sistemática y de la evolutiva para que jurisprudencialmente se consideren criterios más avanzados con respecto a la desviación de poder. Chinchilla, manifiesta que precisamente la incorporación de esta institución en el ordenamiento jurídico obedece a “la necesidad de trascender el positivismo puro y estricto, que es precisamente el que permite la desviación impune. En



efecto, si la desviación de poder supone un control finalístico de la administración, el análisis no puede ser exegético puro, sino que precisamente teniendo en cuenta el espíritu y fines de la ley que otorga la potestad” (citado en Nasser, 2006, p. 601).

## **7. Desviación de poder en el derecho comparado**

Es importante partir de que en algunos estados la desviación de poder tuvo un origen jurisprudencial como en Francia e Italia, mientras que en otros su incorporación se dio a través de la ley, como en España y Ecuador.

De acuerdo a Sayagués: “El concepto de desviación de poder se extendió considerablemente en el derecho extranjero. En Italia fue rápidamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia hizo múltiples aplicaciones concretas, concordantes en general con las soluciones francesas. En Portugal halló ambiente en la jurisprudencia y en la doctrina, siendo expresamente incorporado a diversos textos legales. En Alemania encontramos también múltiples aplicaciones del mismo principio. (...) En los países latinoamericanos la opinión de la doctrina es favorable al principio de la desviación de poder, pero hay divergencias en cuanto a la posibilidad de admitirlo por vía jurisprudencial bajo los sistemas institucionales vigentes (citado en Bejarano, 2014, pp. 95-96).

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437, 2011), en su artículo 44 dispone: “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

En la República Oriental del Uruguay, la figura de desviación de poder está contemplada con rango constitucional, en el artículo 309, inciso primero que dice: “El Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder”.



En Argentina el artículo 7, literal f, de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549, establece que en el acto administrativo “habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”.

En México el Código Fiscal de la Federación (1983), en su artículo 238 establece que: “Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestra algunas de las siguientes causales: V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiere dichas facultades”. Además la Ley Federal de Procedimiento Administrativo en el artículo 3 numeral VIII determina que el acto administrativo debe: “Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto. El error en el fin es causa de nulidad.” Existe en el caso de México un avance en la consideración de la desviación de poder, pues se la considera como una causal de ilegalidad, que se acopla a la teoría de la legalidad de la desviación de poder.

Finalmente, en el ordenamiento jurídico español, de gran influencia en el derecho ecuatoriano, la desviación de poder está recogida en el artículo 63 numeral 1 de la Ley 30/1992, como un vicio de anulabilidad de los actos administrativos; y, en el artículo 70 numeral 2 de la Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la que se establece: “Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

## CAPÍTULO IV

### Casos de desviación de poder, análisis jurisprudencial crítico-jurídico

#### 1. Aspectos generales

En el Ecuador no hay similar cantidad de procesos contencioso-administrativos por desviación de poder que por otros vicios del acto administrativo, siendo la primera mucho menor. Sin embargo, con mucha frecuencia la administración pública se desvía de los fines por los que se le atribuyeron las potestades y competencias que ostenta. En Ecuador se ha afectado al principio de separación de funciones, existe continua injusticia, inseguridad jurídica y arbitrariedad por parte de la autoridad pública.

En relación a lo dicho, Agustín Gordillo (2013): manifiesta que:

“El vicio de la desviación de poder, que causa la nulidad del acto, encuentra teóricamente aplicación en tres casos, en todos los cuales el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta.

a) El funcionario actúa con una finalidad personal. Venganza, partidismo, lucro, etc. En estos casos, aunque el acto responda objetivamente a las condiciones expresamente exigidas por la ley, está viciado al contravenir su finalidad.

b) El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros. Ello ocurre cuando, también aquí, sin violar objetivamente la ley, usa del poder administrativo con la finalidad de beneficiar a terceros; por ejemplo, si un funcionario está autorizado para realizar contratación directa, prescindiendo de la licitación pública y contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato.

c) El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración. Este es un caso bastante común, y si acaso el que más, de desviación de poder. El funcionario, imbuido de un erróneo espíritu fiscalista y

estatista, como lo es habitualmente el funcionario argentino por la presión de equivocados doctrinarios, pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la administración o del Estado. Trata así de cobrar el mayor número posible de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas municipales, sino para obtener fondos para la comuna; usa de las facultades que le confiere el estado de sitio (seguridad interna) para fines comunes de control de la moralidad; usa de facultades que tiene para suprimir cargos por reordenamiento o racionalización administrativa, con fines disciplinarios, etc.” (Gordillo, citado en Bejarano, 2014, pp. 86-87).

Sin embargo, no siempre un acto que se dicte para favorecer a un administrado implica desviación de poder. Ramón Parada (2012) sobre los actos favorables y los de gravamen manifiesta que “por razón de sus contenidos materiales, la clasificación de los actos administrativos de mayor relieve es la que distingue entre los actos que amplían y los que restringen la esfera jurídica de los particulares, por cuanto abocan a regímenes jurídicos muy diversos” (p. 114). Entre los actos favorables están las admisiones, concesiones, autorizaciones, aprobaciones, dispensas, entre otros. Por el contrario, son actos de gravamen: las órdenes, los actos traslativos de derechos, los actos extintivos, los actos sancionadores, etc. En los actos favorables se deberá afectar ostensiblemente los fines públicos para que se considere existe la desviación de poder, como a la conservación del patrimonio cultural, a la seguridad o salud pública, etc., y, que se hayan empleado esas potestades públicas solo para beneficiar el interés particular a costa del interés general.

En nuestro país no existe gran número de precedentes jurisprudenciales, sin embargo de la investigación y selección realizada se han encontrado algunas resoluciones que determinan la existencia del vicio de desviación de poder por afectar al elemento finalidad del acto. En estas se hace especial mención al control de la discrecionalidad de la administración pública. Estos fallos serán examinados y comentados de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.



Con este capítulo se espera crear un incentivo para que los profesionales del derecho puedan llevar adelante una defensa técnica en la alegación de este vicio del acto administrativo y que los jueces apliquen la consecuencia jurídica que corresponde en el caso de su comprobación, auxiliados de las herramientas que están previstas en el ordenamiento jurídico.

## **2. Desviación de poder en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa**

El control judicial sobre el cumplimiento del fin público del acto, evita la creación de actos discrecionales con desviación de poder, es decir de actos que de discrecionales pasen a ser arbitrarios.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el recurso de casación propuesto por el Dr. Juan Tama Márquez, procurador judicial de Carlos Fabián Flores Torres y Ondina Marisol Segarra Criollo, por no estar de acuerdo con la sentencia dictada por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo, resolvió en fecha 31 de mayo del 2002 lo siguiente:

“TERCERO: Teniendo fundamento el recurso corresponde a la Sala estudiar, con el mérito de los hechos establecidos en la sentencia, los fundamentos del fallo que le corresponde dictar en sustitución del que lo declare casado. La primera de las excepciones de la municipalidad al contestar la demanda consiste en sostener que el acto administrativo, de determinación del uso del suelo es un acto en ejercicio de la potestad discrecional de la municipalidad. Al respecto vale la pena señalar, conforme enseña la doctrina que ha sido consagrada en la práctica de las legislaciones de lo contencioso administrativo actualmente, no se admite la existencia de actos discrecionales, que era el criterio sostenido por la antigua concepción doctrinaria, sino que existen algunos de los elementos de un acto administrativo con carácter discrecional. (...) Así concebidos esta clase de actos, es evidente que ellos, han de ser originados únicamente en la Ley, que es su única fuente de origen, y como enseña la doctrina, al darle origen la Ley determina a los mismos



cuatro elementos reglados en toda potestad discrecional, los cuales son: "La existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuar, que se refiere a un ente y dentro de este a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública". (Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, P. 446, octava edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997). Habiendo pues elementos reglados en todo acto administrativo en el que la ley, respecto de otros elementos, faculta el ejercicio de la potestad discrecional es evidente que respecto de tales elementos reglados cabe el control jurisdiccional. Pero es más la doctrina y la jurisprudencia universal, sobre todo la francesa y la española han venido elaborando una serie de reglas de control de los elementos discrecionales del acto, los mismos que fueron magistralmente expuestos por Eduardo García de Enterría en la conferencia que dictara en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, el 2 de marzo de 1962, dentro del curso: "El Poder y el Derecho", y que fuera publicada en el opúsculo intitulado: "La Lucha contra las Inmunidades del Poder el cual constituye ya un clásico del derecho administrativo, según el cual estas técnicas de control son: el control de la desviación de poder, el control de los hechos determinantes; los conceptos jurídicos indeterminados; el control por los principios generales del derecho. Además la jurisprudencia francesa reciente viene manteniendo un nuevo control, el del costo beneficio. Tales controles que debe realizar el juez respecto de los elementos discrecionales del acto administrativo, prácticamente limitan tal discrecionalidad a una reducidísima parte de la acción administradora, la cual de ninguna manera puede ser arbitraria, pero que indudablemente se libra de todo control por el resultado de la gestión propia de la acción de gobernar. CUARTO: En el caso el Art. 64 de la Ley de Régimen Municipal consagra el principio según el cual la acción del Concejo está



dirigida al cumplimiento de los fines del municipio, luego de lo cual señala en cuarenta y nueve numerales, los deberes y atribuciones generales del Concejo, siendo así que el No. 5 dispone: "Controlar el uso del suelo en el territorio del cantón, de conformidad con las leyes sobre la materia y establecer el régimen urbanístico de la tierra: Lo anterior nos lleva a la evidente conclusión de que el ejercicio de este deber y atribución municipal está cometida a una normatividad jurídica plenamente establecida, cuyo objeto es el cumplimiento de los fines del municipio, los mismos que se hallan expresamente determinados en el Art. 12 de la misma ley; fines estos que esencialmente se dirigen a la satisfacción de necesidades colectivas del vecindario, sin que de ninguna manera puedan considerarse como medios para el cumplimiento de finalidades privadas que atentan contra las necesidades colectivas. (...) De lo anterior se concluye en forma evidente que la atribución para controlar el uso del suelo en el territorio del cantón es en buena parte por no decir en su totalidad, una atribución reglada que en los elementos no normados por la ley, está regulada por los elementos técnicos de urbanismo, a los que necesariamente han de someter su acción el Concejo para dar cumplimiento a las finalidades de la municipalidad. Así lo ha reconocido en la práctica la Municipalidad de Cuenca, al haber dictado una voluminosa ordenanza que sanciona el plan de ordenamiento territorial del cantón Cuenca y la determinación para el uso y ocupación del suelo urbano que consta de fojas 27 a 289 de autos. QUINTO: Así mismo de todo lo señalado anteriormente surge con diáfana claridad que el cambio en el uso del suelo no puede ser una decisión de carácter discrecional que en cada caso puede adoptar un Concejo Municipal. Su deber es señalar con la oportunidad debida los varios usos actuales y potenciales que puedan darse a los diferentes sectores del cantón, con la suficiente amplitud a fin de considerar dentro de cada uno de tales factores el debido equipamiento que llene las necesidades humanas y que complemente; el principal uso al que esté destinado el suelo de ese sector. Claro que puede y debe haber cambios del uso del suelo, exigidos no por el interés individual sino por los procesos generales que así lo toman indispensables. Mas en tales



casos, la resolución municipal debe siempre estar condicionada a que con esos cambios de uso no se afecte a los intereses generales de la colectividad. SEXTO: Consta de autos que frente a la solicitud de cambio de uso del suelo, la Municipalidad de Cuenca procedió a tramitar una serie de informes, todos ellos tendientes a establecer la viabilidad física del proyecto, incluyendo la determinación, por parte de la Dirección de Hidrocarburos del cumplimiento de los requisitos exigidos para la ubicación de las gasolineras. Sin embargo, como se manifiesta, de manera expresa en varios de los documentos municipales, se omitió el establecer la incidencia que el uso de suelo pretendido podría tener respecto, de la colectividad, condicionándose a que este aspecto sería resuelto cuando se presentara el respectivo permiso de construcción. Tal modo de actuar, sin duda afecta a la finalidad por la que la ley confirió potestad discrecional relativa a la Municipalidad para poder ordenar el cambio de suelo, ya que como se dijo antes la municipalidad conforme a lo determinado en el Art. 12 de su ley tiene fines que se dirigen esencialmente a la satisfacción de las necesidades colectivas del vecindario de modo que un correcto ejercicio de la discrecionalidad conferida por la ley, debe encausarse primeramente al estudio de los efectos que la resolución de cambio de suelo podría tener respecto de los moradores que pudieran ser afectados, es decir de la colectividad. No habiéndose procedido de tal manera, es evidente que la resolución impugnada se halla incurso en la desviación de poder, por lo que al haberse utilizado indebidamente la potestad discrecional, el acto administrativo resultado de la misma, es nulo de nulidad absoluta (...) Sin otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia y se declara la nulidad del acto administrativo impugnado, por desviación de poder, originada en la circunstancia de que la Municipalidad de Cuenca no ha priorizado el estudio y establecido la incidencia que sobre los habitantes del sector pudiera tener el cambio de suelo solicitado. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese. f) Drs. Luis Heredia Moreno.- José Julio Benítez.- Marcelo Icaza Ponce (Conjuez Permanente)". Consta esta resolución en la Gaceta Judicial





Serie XVII, número 9, página 296, del 31 de mayo de 2002. Publicada en el Registro Oficial 645 de 21-ago.-200

Para realizar el análisis de la resolución aludida es oportuno citar algunas resoluciones que en España se han dictado en los últimos tiempos sobre actos relativos a la ordenación urbanística, afectados de desviación de poder, pues al tratarse de situaciones análogas pueden ilustrar el criterio que se ha manejado por la Sala. En las sentencias se concluye que se debe velar por:

“...la satisfacción de los intereses generales, que pueden demandar los cambios precisos para mejorar y perfeccionar la ordenación urbanística», dice la Sentencia de 18 de marzo de 2011 (FJ 7.º); las de 14 de junio de 2011 (FJ 6.º) y de 9 de julio de 2013 (FJ 6.º) dicen, con mayor explicitud, que las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal»; y la Sentencia de 24 de abril de 2014 (FJ 4.º) recuerda que «no explica la Sala de instancia [...] que el interés en aprobar la cuestionada Modificación Puntual sea el general del Municipio, sino que se erige como razón de ser de la misma el muy concreto y singular de no cerrar o clausurar la actividad ejercida bajo rasante que imponía la sentencia firme». Las restantes sentencias se manifiestan en términos muy semejantes” (Santamaría, 2014, p. 207).

Es importante este fallo pues sienta un hito en la consideración de la desviación de poder, al declarar la nulidad del acto administrativo específicamente por este vicio. Es un valioso precedente para que los jueces de instancia de lo contencioso administrativo puedan resolver los recursos presentados en que se demuestre desviación de poder. Sin embargo queda la gran tarea de crear jurisprudencia de triple reiteración sobre el tema para sentar una base sólida para la aplicación de esta institución jurídica y garantizar



la seguridad jurídica; de lo contrario los profesionales del derecho se encuentran en la duda de presentar acciones alegando la nulidad del acto administrativo por esta causa, porque generalmente no son aceptadas por los juzgadores, por supuesta falta de prueba.

El fallo citado en cuanto determina que el control contencioso administrativo puede hacerse sobre cualquiera de los elementos del acto administrativo, adquiere especial relevancia para el tema en estudio. La desviación de poder no es subsidiaria, sino que procede aunque no estén afectados otros elementos del acto administrativo, porque se encuentra viciado el elemento finalidad.

En resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 23 de mayo del 2000, publicada en el Registro Oficial 162, de 13 de septiembre del 2000, se ha emitido pronunciamiento sobre el control de los actos discrecionales de la administración pública y la desviación de poder, en el siguiente sentido:

“...lo que se impugna, en la acción propuesta, es la decisión adoptada por la Comisión de Crédito de la Sucursal de Guayaquil del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, dejando sin efecto una adjudicación de vivienda, realizada con anterioridad por la misma Comisión, en favor de la madre de la actora, y, en el mismo acto, la adjudicación de dicha vivienda en favor de otra persona que aparece como conviviente de la inicial adjudicataria y de su grupo familiar. Es evidente que conforme aparece del Reglamento de Inversiones y Préstamos del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, se llega la adjudicación mediante un trámite minuciosamente reglado que establece las condiciones que debe reunir el solicitante para, de ser el caso, ser sujeto de crédito, y además titular de una adjudicación de viviendas construida por el BEV. Ahora bien, cumplidos los requisitos reglamentarios, no hay duda de que la Comisión de Crédito, al adjudicar la vivienda realiza un acto discrecional que únicamente puede ser ejercido en favor de uno de quienes sean acreedores de la adjudicación, por haber reunido los requisitos establecidos por el respectivo reglamento, pues como enseña la más



reciente doctrina de los tratadistas del Derecho Administrativo, el acto discrecional de ninguna manera puede ser considerado arbitrario, y en consecuencia respecto de él no puede adoptarse la posición clásica según la cual, constando el hecho de que estaba presente esta discrecionalidad en el acto, el Juez sin más se abstenía de entrar en el fondo del mismo; y esto porque, como manifiestan varios tratadistas, es falso que en todo acto administrativo no se dé un elemento de discrecionalidad. Como señala Eduardo García De Enterría: "La primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos." (Eduardo García De Enterría, "La lucha contra las inmunidades del poder", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 25). Siguiendo al mismo autor, tenemos que además de este elemento, es necesario considerar que el fin de los poderes discrecionales es también un elemento reglado de los mismos; como consecuencia de ello, aparece el control de la desviación del poder, cuando la autoridad ejerce el poder discrecional, pero no para el cumplimiento de la finalidad considerada por la ley, sino para una distinta. (...) Si el acto discrecional salva estas limitaciones será legal, si no salva, por más discrecional que éste fuera, siempre tendrá el carácter de ilegal. Aplicando la doctrina antes expuesta, tenemos que en el caso es evidente que el fallecimiento de la inicial adjudicataria era el hecho determinante que le facultaba a la comisión de crédito para adoptar una resolución respecto de la adjudicación que quedaba vacante. Por otra parte, declarada ésta, era evidente que la adjudicación podía realizarla únicamente en favor de quien hubiere cumplido todos los requisitos señalados en el reglamento, independientemente de cualquier relación particular que éste tuviera con la inicial adjudicataria. Tal circunstancia debía ser expresada a través de los documentos pertinentes en la adjudicación; de no hacerlo se estaría ante un claro caso de desviación del poder discrecional. Considerar, por ejemplo, como se pretendió, que una renuncia de la inicial adjudicataria en favor de un tercero es base suficiente para adjudicar por parte de este la vivienda, sin determinar el cumplimiento de los requisitos



reglamentarios establecidos por el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, sería asimismo una clarísima desviación de poder, pues la reglamentación interna de la institución concede la facultad de adjudicar a la Comisión de Crédito, no para que ésta simplemente reconozca pactos civiles entre un adjudicatario y terceros, sino para que otorgue las viviendas en favor de quienes son sujetos merecedores de tal adjudicación en consideración del interés social que regula toda la actividad del Banco Ecuatoriano de la Vivienda. (...) La circunstancia de que no se haya considerado estos varios aspectos en el acto de adjudicación, pese al carácter discrecional del mismo, torna a este en ilegal, por lo que carece de eficacia. En consecuencia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia recurrida, declarando ilegal la resolución de la Comisión de Crédito, mediante la cual se adjudicó la Villa No. 4 de la manzana 259-F-38 del Programa de Vivienda "Los Sauces 6" en favor de Héctor González Veloz; disponiéndose que la Comisión de Crédito en acatamiento estricto de las disposiciones reglamentarias pertinentes, adjudique la mencionada vivienda en favor de quien fuera sujeto de tal adjudicación, en cumplimiento de las disposiciones reglamentarias antes mencionadas y debiendo dejar a salvo los derechos de la accionante Miriam Moncayo Cadena, en su calidad de heredera de la anterior adjudicataria, en relación a la devolución del precio inicial que fuera abonado por la inicial adjudicataria, quien por su fallecimiento perdió tal calidad. Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase".

En esta resolución se determina que existe desviación de poder, pues el acto discrecional de adjudicación, no cumple con los elementos reglados del mismo, entre los cuales está la finalidad de cumplir con el interés social al adjudicar la vivienda a quien cumpla los requisitos legales, este fin sustentaba toda la actividad del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, mas no el de proteger el pacto privado realizado entre un adjudicatario y un tercero.



En la resolución de la acción extraordinaria de protección de la Corte Constitucional número 202, de fecha 11 de agosto de 2016, publicada en el Registro Oficial Suplemento 865 de 19 de octubre de 2016, se establece que:

“En este sentido, es necesario señalar que existe una diferencia entre un acto arbitrario y un acto discrecional; en tal virtud, el acto discrecional puede ser entendido de la siguiente manera: ... el acto discrecional tiene lugar cuando la ley deja a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar o que contenido debe dar a su actuación, es decir que igual cosa ocurrirá en todos aquellos casos en que la ley deje a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo, tales como las de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia de interés u orden público... Por otro lado, la arbitrariedad es entendida como "... la conducta del Estado contraria a la ley, ya sea por desviación del poder o por exceso de poder. Es decir, la actividad pública no cumple con los fines asignados a ella, sino que se desvía de éstos o va más allá de lo facultado por el ordenamiento jurídico...” En tal virtud, se colige que la discrecionalidad no es arbitrariedad, en tanto se destaca una clara diferencia entre ambos conceptos; es decir, son antagónicos entre sí, porque la arbitrariedad se destaca como la mera voluntad y la discrecionalidad cuenta con un respaldo, con un límite normativo y fundamentado. Por tanto, los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca, han desarrollado premisas contradictorias con la decisión final, por cuanto determinan que al no estar establecido un monto fijo para el pago de indemnización -en este caso por jubilación voluntaria-, esto ocasionaría "arbitrariedad" o "discrecionalidad indebida", conceptos claramente contradictorios.”

La Corte Constitucional, una de las altas cortes del país, acoge la teoría de la desviación de poder como vicio del acto administrativo, evidenciando que en los últimos tiempos se ha promovido, al igual que en otros estados, el control de la finalidad del acto administrativo.



En conclusión, la discrecionalidad administrativa no tiene carácter absoluto, no implica arbitrariedad de parte del poder público, pues no existen actos puramente discrecionales, dentro de estos existen elementos discrecionales pero también reglados, los que son objeto de control por parte de los órganos jurisdiccionales a través ciertas herramientas entre las que se encuentra la teoría de la desviación de poder, acogida en nuestra legislación.

### **3. Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador y caso RCTV vs. Venezuela. Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, dictó sentencia en fecha 28 de agosto de 2013. Esta resolución ha sido publicada en el Registro Oficial 127 de 20 de noviembre de 2013. En la misma con respecto a la desviación de poder se establece que:

“La Corte ha comprobado que las resoluciones del Congreso no fueron adoptadas en virtud de la exclusiva valoración de unos datos fácticos concretos y con el fin de dar debido cumplimiento a la legislación vigente, sino que la mismas perseguían un fin completamente distinto y relacionado con una desviación de poder dirigida a obtener el control de la función judicial a través de diferentes procedimientos, en este caso, el cese y los juicios políticos. Ello, implicó una desestabilización tanto del poder judicial como del país en general y desencadenó que, con la profundización de la crisis política con los efectos negativos que ello implica en la protección de los derechos de los ciudadanos. Por ello, la Corte resalta que estos elementos permiten afirmar que es inaceptable un cese masivo y arbitrario de jueces por el impacto negativo que ello tiene en la independencia judicial en su faceta institucional. (...) Al respecto, en el presente caso, la Corte considera necesario analizar el contexto bajo el cual ocurrieron los hechos del cese de los vocales de sus cargos, por cuanto éste resulta útil para entender las razones o motivos por los cuales se arribó a dicha decisión. Tener en cuenta el motivo o propósito de un determinado acto de las autoridades estatales

cobra relevancia para el análisis jurídico de un caso, por cuanto una motivación o propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria. En relación con ello, el Tribunal toma como punto de partida que las actuaciones de las autoridades estatales están cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a derecho. Y por ello una actuación irregular por parte de las autoridades estatales tiene que aparecer probada, a fin de desvirtuar dicha presunción de buena fe. De los hechos que fueron reseñados en el capítulo VII de la presente Sentencia, el Tribunal resalta que estos denotan que en el momento en que ocurrió la cesación de los vocales, Ecuador se encontraba en una situación política de inestabilidad, que había implicado la remoción de varios Presidentes y la modificación en varias oportunidades de la Constitución con el fin de afrontar la crisis política. Asimismo, la unión del gobierno de turno con el partido político que lideraba el ex Presidente Bucaram muestra indicios sobre cuáles habrían podido ser los motivos o propósitos para querer separar a los magistrados de la Corte Suprema y los vocales del Tribunal Constitucional, particularmente, la existencia de un interés en anular los juicios penales que llevaba a cabo la Corte Suprema en contra del ex Presidente Bucaram. Para tal fin, se buscó la “reorganización” de las Altas Cortes mediante el nombramiento de magistrados afines al gobierno”.

En el voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, constante en la resolución analizada, se considera que la Corte al verificar la afectación al principio de legalidad por existir incluso desviación de poder, no sólo se debió entrar al examen de la vulneración del artículo 9 de la Convención Americana, sino que además era posible declararla. Este criterio jurídico aporta en mucho a la concepción de la desviación de poder, el mentado juez dice:

“Respecto al concepto de “desviación de poder” —particularmente en la doctrina española—, se parte para el análisis de dicho concepto de la definición que brinda la propia legislación: “constituirá desviación de



poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”. Así, García de Enterría y Fernández, a pesar de adherirse a dicho concepto, manifiestan que no resulta exhaustivo, ya que según su posición no se requiere que el fin perseguido sea solamente particular o privado del agente administrativo. Afirmar que “basta que dicho fin, aunque público sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad”. (...) Continuando con el desarrollo de su postura, los propios García de Enterría y Fernández señalan los problemas probatorios de su análisis. En efecto, indican que “...la dificultad mayor que comporta la utilización de la técnica de la desviación de poder es la prueba de la divergencia de fines que constituye su esencia. Fácilmente se comprende que esta prueba no puede ser plena, ya que no es fácilmente presumible que el acto viciado confiese expresamente que el fin que lo anima es otro distinto del señalado por la norma. (...) Por su parte, autores como Atienza y Ruiz Manero (...) presentan concretamente a la desviación como una alteración entre el fin o consecuencia de la norma y el resultado pero partiendo de la base que en el ámbito público no se goza de autonomía para actuar, encontrando el límite en el ejercicio de la función pública al servicio de los intereses generales. Asimismo, entienden necesario para evaluar si nos encontramos ante una desviación de poder tener presentes los principios jurídicos que han llevado al establecimiento de los fines de la norma. (...) Cabe resaltar que estos autores señalan que la desviación de poder no solo abarca a potestades administrativas sino que también puede ocurrir en ámbitos jurisdiccionales y legislativos. En efecto, tanto jueces como legisladores cuentan con directrices con fines establecidos que se encuentran enmarcados en diversos principios de los cuales podrían apartarse, incurriendo en una desviación de poder. (...) Así, desde mi perspectiva, estimo que una vez concluido en la Sentencia que se configuró una “desviación de poder”, y teniendo en cuenta que los juicios políticos involucraban claramente la imposición de una sanción, era aún más necesario que se entrara a analizar detalladamente la forma en que el tipo de arbitrariedades ocurridas durante dicho proceso sancionatorio implicaban la violación del artículo 9



de la Convención Americana. Lo anterior, teniendo en cuenta, además, el reconocimiento explícito del Estado de no haberse efectuado un análisis constitucional y legal de las causales por parte del Congreso Nacional al haber separado de manera arbitraria a los vocales de sus funciones a través de un juicio político como mecanismo sancionatorio, la falta de certeza legal respecto de las causales de separación como garantía de prevención frente a interpretaciones arbitrarias, y los motivos abusivos del Congreso Nacional para invocar la figura del juicio político, lo cual conlleva a un conflicto de la configuración y aplicación de la figura del juicio político en el presente caso con el principio de legalidad previsto en el artículo 9 de la Convención Americana (...) considero que no sólo se debió entrar al examen de la vulneración del artículo 9 de la Convención Americana, sino que además era posible declararla”.

En el caso citado se recogen varias de las opiniones doctrinarias que se han expuesto en el presente trabajo con respecto a la desviación de poder, aplicable no solo al acto administrativo sino a la actividad legislativa como en el presente caso. En el caso RCTV vs. Venezuela, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó la existencia de desviación de poder en un acto administrativo, manifestando que:

“...los hechos del presente caso implicaron una desviación de poder, ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno. La anterior afirmación se deriva a partir de las dos conclusiones principales a las cuales arribó el Tribunal a partir de lo descrito anteriormente, a saber, que la decisión se encontraba tomada con anterioridad y que se hallaba relacionada con las molestias generadas por la línea editorial de RCTV, sumado al contexto sobre el “deterioro a la protección a la libertad de expresión” que fue probado en el presente caso. Asimismo, la Corte manifestó que la desviación de poder declarada tuvo un impacto en el ejercicio de la libertad de expresión, no sólo en los trabajadores y directivos de RCTV, sino además en la dimensión social de dicho derecho (...). En efecto, la finalidad real buscaba acallar voces críticas al gobierno, las cuales se constituyen junto con el pluralismo, la tolerancia



y el espíritu de apertura, en las demandas propias de un debate democrático que, justamente, el derecho a la libertad de expresión busca proteger”. (CIDH, 2015, p. 5)

Casi en similar sentido Héctor Yépez Martínez, en su columna de opinión en el portal digital del diario La República de fecha 14 de septiembre de 2015, manifestó:

“Mientras el régimen dialoga frente al espejo, redobra el acoso para quebrar a los medios de comunicación e inicia la disolución de FUNDAMEDIOS, en una evidente desviación de poder similar al caso de RCTV en Venezuela, que acaba de ser condenada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que nuestro gobierno sí dice respetar. El correísmo avanza en las enmiendas y se obstina en su defensa a los impuestos de herencia y plusvalía, lo cual rechaza la mayoría del país. Y frente a las protestas de más de medio millón de ecuatorianos en las últimas semanas, que dejaron un saldo de 104 encarcelados según la CONAIE, el Presidente ahora reniega del derecho a la resistencia garantizado en Montecristi y amenaza, en plena sabatina, a los jueces que procesan a los manifestantes” (Yépez, 2015).

Sobre la regulación y control administrativo que sobre los medios de comunicación se ejerce en nuestro país Zavala 2010 opina que es una restricción al derecho a la comunicación e información y favorece un proyecto totalitario, el autor afirma que:

“Debe incluirse como norma rectora que el Estado, a través del Consejo Nacional de Comunicaciones, está autorizado a solicitar registros y autorizaciones administrativas a los medios, pero solo referidas a aspectos técnicos de organización de las comunicaciones como institución, pero no a los contenidos y preferencias ideológicas de la información como derecho. No es lo mismo regularla actividad de la institución-prensa que configurar el derecho-comunicación, pues la libertad del legislador sobre la primera es mucho más amplia que para la segunda que encuentra limitaciones férreas” (p. 270).

“Es importante ver cómo las directivas emitidas por estos cuerpos supranacionales [CIDH] se han derramado como derecho positivo en el ámbito doméstico; y en paralelo observar la importancia del contralor heterónomo por parte de la Comisión y de la Corte que han terminado no sólo por inspeccionar el acatamiento por parte de los Estados de ciertas convenciones internacionales; sino también -y por vía excepcional- a las propias decisiones de los jueces locales. Todo ello ha logrado verdaderas mutaciones en los ordenamientos de los diversos países sujetos a este régimen, tanto de origen sustancial como adjetivo. Por ejemplo, y como ya lo pusimos de resalto, a través del pronunciamiento en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos), Chile tuvo que corregir su propia Constitución” (Hitters, 2008, p. 151).

En conclusión, los fallos de la CIDH, así como los criterios doctrinarios estudiados en el presente trabajo que han sido acogidos en éstos pronunciamientos, contienen contribuciones relevantes para la concepción jurídica de la desviación de poder, son un importante aporte para la motivación de las resoluciones de los jueces de lo contencioso administrativo en las acciones que se planteen por verse afectado el elemento finalidad del acto administrativo.

#### **4. Estudio jurídico-crítico del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública con fines recaudatorios**

Una de las principales potestades de las que se encuentra investida la administración pública es la sancionatoria, en vista de que la administración se convierte en protectora de la vigencia del ordenamiento jurídico y de sus propios actos, amparada por el principio de autotutela administrativa, por el que “...puede crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas de terceros, aún en contra de su voluntad, y ejecutar directamente sus propias decisiones, sin intervención de los Tribunales de Justicia, pues estas constituyen actos de imperio y se presumen legales” (Segura, 2014, p. 166). La administración para el cumplimiento de sus fines puede ejercer actividad coactiva, con el objetivo de garantizar el bienestar colectivo.

“Se entiende por potestad punitiva de la Administración, el poder con que actúan los órganos estatales no jurisdiccionales investidos de atribuciones para sancionar hechos ilícitos. (...) La Administración al aplicar alguna sanción lo hace en virtud de un mandato legal que la obliga a intervenir en beneficio de toda la sociedad para así poder proteger el orden social general, es por ello que existe una conexión entre el ordenamiento jurídico y la sanción administrativa, en cuanto esta última se crea para garantizar el cumplimiento efectivo del ordenamiento jurídico. Por ende la finalidad de este poder sancionador de la Administración es garantizar el mantenimiento del propio orden jurídico mediante la represión de todas aquellas conductas contrarias al mismo, es un poder de carácter represivo que reacciona frente a cualquier perturbación que se produzca y trate de vulnerarlo. Por tanto, al ejercer la potestad sancionadora de la Administración significa que tal actividad es administrativa, porque quien sanciona es un órgano administrativo que actúa conforme a un procedimiento administrativo, aplicando normas administrativas y como todo acto administrativo, debe ser controlado por los tribunales contenciosos administrativos” (p. 167).

Según Silva Sánchez, la principal diferencia que existe entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador se encuentra en la finalidad que cada uno persigue: “El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad y peligrosidad concreta y de imputación individual de injusto impropio. El segundo en cambio persigue ordenar, de modo general, sectores de la actividad – reforzar mediante sanciones un determinado modelo de gestión sectorial- (...) lo determinante es la visión macrosocial” (citado en Segura, 2014, p. 175).

Los órganos administrativos sancionadores son con frecuencia criticados en vista de que la administración se convierte en juez y parte dentro de los procedimientos administrativos sancionadores, despojados de independencia e imparcialidad. Esta circunstancia favorece en mucho la desviación de los fines que justifican la atribución de esta potestad a la administración, pues como bien lo señalan connotados autores uno de los principales casos de desviación de



poder es la emisión de actos administrativos que permiten a la propia Administración conseguir fines diversos a los establecidos en la ley.

Para citar, Parada (2012) propone como ejemplos muy recurrentes de la desviación de poder, que han sido casos resueltos en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y que no dejan de ser aplicables en nuestra realidad, los siguientes:

“Actos ilegítimos dictados en favor de un tercero o de una categoría de terceros y no del interés general, los que se adoptan con fines electorales, los inspirados por la pasión política, los dirigidos a un fin público pero distinto de aquel para el que la potestad o competencia fue atribuida (como por ejemplo, como cuando se utilizan poderes sancionadores, imposición de multas, con fines recaudatorios), y en último lugar, los actos dictados con marginación del procedimiento legalmente establecido –para eludir garantías a favor del administrado o perseguir la economía de tiempo o dinero en favor de la administración–” (p. 130).

Laubadère André considera que "...el poder de policía solo se puede emplear para asegurar el orden público y no, por ejemplo, para satisfacer los intereses financieros de la administración" (citado en Bejarano, 2014, p. 81).

El profesor Agustín Gordillo manifiesta que: “La decisión será también ilegítima si el funcionario actúa con ‘desviación de poder (...) con un fin administrativo, pero no el querido por la ley: si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (por ejemplo, el cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será desviado, y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta (por ejemplo, para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales)” (Bejarano, 2014, p. 83).

El citado autor afirma que la desviación de poder, cuando el funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración, es un caso bastante común:

“...y si acaso el que más, de desviación de poder. El funcionario, imbuido de un erróneo espíritu fiscalista y estatista, como lo es habitualmente el funcionario argentino por la presión de equivocados doctrinarios, pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la Administración o del Estado. Trata así de cobrar el mayor número posible de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas municipales, sino para obtener fondos para la comuna; usa de las facultades que le confiere el estado de sitio (seguridad interna) para fines comunes de control de la moralidad; usa de facultades que tiene para suprimir cargos por reordenamiento o racionalización administrativa, con fines disciplinarios, etc.” (Bejarano, 2014, 86 y 87).

“La doctrina ha fijado lineamientos generales para establecer cuándo estamos en presencia de una sanción administrativa:

1. La sanción administrativa debe ser impuesta por un órgano administrativo: Al órgano administrativo debe atribuírsele por ley la facultad expresa para sancionar (...).
2. La sanción administrativa debe importar una lesión o menoscabo de derechos o la imposición de un deber para un particular (...) el cual necesariamente debe estar establecido en una disposición legal—. Si la medida impuesta por un organismo administrativo carece de esta cualidad, no podría considerarse en ningún caso como sanción administrativa.
3. La sanción administrativa debe haber sido establecida por el ordenamiento jurídico como reacción a la contravención de este (...) y la realización por acción u omisión de una infracción administrativa debe encontrarse tipificada en la ley.
4. La sanción administrativa debe ser impuesta con un solo fin: el fin consiste en la represión o castigo de un ilícito administrativo. Si se impusiera con otros fines, se estaría frente a una hipótesis de desviación de poder, la cual sería arbitraria y a su vez, impediría calificarla como sanción administrativa” (Cordero citado en Segura, 2014, p. 188).

La desviación de poder en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública con fines recaudatorios, es un tema muy álgido, que a diario afecta a la población y que evidentemente se ha sentido con mayor fuerza en los últimos años a nivel nacional y local, en vista de la crisis económica que afronta el Estado, es la gran oportunidad de obtener presupuesto para solventar el gasto público. Sin embargo, a pesar de que esta realidad es nefasta para la ciudadanía, no se hace uso de la figura jurídica de la desviación de poder porque como manifiesta el autor citado: “se ha dejado de considerar la concurrencia de este vicio en los casos en que la Administración utiliza los poderes de policía con desviadas finalidades económicas” (Bejarano, 2014, p. 130); porque nos hemos acostumbrado a este actuar incorrecto de la administración pública.

Los órganos y entidades del sector público ejercen muchas veces su poder de policía con fines de recaudación y no como medio de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico, el orden público o para sancionar y prevenir faltas de parte de los administrados, sino con miras a que en cada juzgamiento administrativo se imponga la multa, que deja gran financiamiento al sector público. La multa es “la sanción pecuniaria que cabe a las personas físicas o jurídicas ante la infracción de una ley de policía” (Dromi, 2001, p. 806). En la práctica los administrados no observamos que se emplee el dinero obtenido por las sanciones pecuniarias en herramientas de retroalimentación y prevención de las infracciones; no se ejecutan políticas públicas que tengan como objetivo la educación de los administrados.

“La finalidad de la potestad sancionadora es proteger el interés general o los derechos de los ciudadanos, pero no de una forma directa sino indirecta. El derecho sancionador administrativo es un derecho particularmente preventivo, que tiende a que los ciudadanos no realicen aquellas conductas que puedan provocar lesión de los derechos a los demás o la lesión de los intereses colectivos. De ahí que, aunque a veces la imposición de una sanción requiere que se haya producido un resultado lesivo concreto, frecuentemente basta con que se haya producido el incumplimiento de una norma que fue dictada para proteger determinados bienes o derechos” (Oliveros, 2010, p. 11).



García de Enterría manifiesta que: "...la actividad administrativa de policía se caracteriza por ser una actividad de limitación de derechos particulares de los ciudadanos, con el objeto de prevenir los peligros que de su libre ejercicio podrían derivarse para el bienestar de la colectividad" (citado en Oliveros, 2010, p. 14); sin embargo el mismo autor afirma que "...el Derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo y arcaico" (citado en Segura, 2014, p. 179).

Gordillo sostiene que "...con el interés público se trata de asegurar no solamente los valores seguridad y conveniencia sino también y primordialmente el valor justicia. Por ello el interés público conveniencia es contrario al interés público justicia y por lo tanto un falso interés público" (Bejarano, 2014, p. 79).

En conclusión, el empleo de la potestad sancionadora con fines recaudatorios, evidentemente es un caso típico de desviación de poder, pues la administración pública se desvía de los fines que justifican la potestad: evitar la lesión del interés general, la vigencia del ordenamiento jurídico y la prevención del cometimiento de nuevas infracciones; por el contrario, persigue fines de conveniencia económica para la administración, lo cual constituye un falso interés público. En nuestro país, la situación es crítica, debido a que las multas se han considerado una poderosa herramienta de recaudo para el Estado, sin importar el apartamiento de sus fines, junto con la desmedida política tributaria. Esta situación provoca la deformación del ordenamiento jurídico, afecta los principios de buena fe y confianza legítima que deben guiar la actuación de la administración pública, incentiva la arbitrariedad, afecta los derechos de los administrados y les causa graves perjuicios económicos al disminuir indiscriminadamente sus ingresos. Los órganos jurisdiccionales deben realizar un control sustancial del elemento finalidad de los actos administrativos para garantizar que estas irregularidades sean frenadas y que se garantice el derecho de tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de los administrados, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, como lo establece el artículo 75 de la Constitución de la República.



## Conclusiones

1.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad, por lo que al ejercer sus competencias y atribuciones debe respetar los límites previstos en el ordenamiento jurídico y cumplir con los fines públicos que justifican dichas competencias y atribuciones que le han sido conferidas.

2.- Las funciones del Estado, entidades y órganos, establecidos en el artículo 225 de la Carta Magna, ejercen funciones materialmente administrativas, de las que se excluyen los actos de gobierno, actos políticos, actos jurisdiccionales y actos legislativos.

3.- La administración pública en el ejercicio de su actividad puede expresarse a través de: actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos. El acto administrativo es el principal y más utilizado instrumento de que se vale la administración pública para exteriorizar su voluntad. Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.

4.- El acto administrativo debe cumplir con los siguientes requisitos para su validez: declaración de voluntad, competencia, objeto, causa o motivos, finalidad, motivación, forma y formalidades. Existen además elementos accidentales del acto administrativo que son la condición, el modo y el término, los que atañen a su eficacia jurídica.

5.- Si los elementos se encuentran viciados puede generarse la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad del acto administrativo; pues, dependiendo de la gravedad de la infracción al ordenamiento jurídico se origina, ya la nulidad relativa o anulabilidad que se remedia con el transcurso del tiempo o la subsanación de los defectos, o ya la nulidad absoluta o de pleno derecho, que conduce a la anulación del acto, sin posibilidad de convalidación. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano están determinados los casos que dan lugar a la anulabilidad y a la nulidad de pleno derecho del acto administrativo;



además, si éste carece de motivación se considerará nulo, por mandato constitucional.

6.- La desviación de poder consiste en el ejercicio de competencias y atribuciones administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, por lo que este vicio afecta al elemento finalidad del acto administrativo y a la validez del mismo.

7.- La administración pública en la generación de sus actos administrativos, está obligada a respetar los fines de la comunidad; éstos se encuentran recogidos como fines públicos en la Constitución, en la ley y en normas de rango inferior. Los fines públicos son aquellos que interesan generalmente a la colectividad y que el Estado los asume como propios.

8. La desviación de poder doctrinariamente es considerada desde dos puntos de vista: uno subjetivo y otro objetivo. Subjetivamente, se torna trascendental que el titular del órgano público del cual emana el acto administrativo persiga intencionalmente un fin distinto al fijado por el ordenamiento jurídico para que el acto se considere viciado, pero en la práctica es muy difícil la prueba de dicha intencionalidad. Objetivamente, en cambio se produce la desviación de poder cuando, con independencia de la intención que haya tenido el titular del órgano al dictar el acto, la medida es arbitraria porque evidentemente no cumple con los fines preestablecidos en el ordenamiento jurídico. La concepción objetiva hace posible un control judicial de la actividad de la administración adecuada a los principios y fines públicos, empleando como herramienta la interpretación teleológica de la norma que atribuye la potestad a la administración pública.

9.- Constituye un avance jurídico el proyecto de Código Orgánico Administrativo, en cuanto determina como requisito esencial del acto administrativo el respeto al elemento finalidad preestablecido en el ordenamiento jurídico y, además, establece la desviación de poder como la primera causa de nulidad del acto administrativo, invalorable, y se la define como la violación a “los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide”.



10.- El elemento finalidad del acto administrativo es esencial para su validez, porque atañe a la legitimidad del ejercicio de la potestad administrativa dentro del Estado constitucional de derechos y justicia.

11.- La desviación de poder como vicio del acto administrativo por tratarse de una institución jurídica que va más allá de las reglas, debe ser considerada en el marco de los principios que sustentan la actividad de la administración pública, entre los que se encuentran: el principio de respeto a los derechos y responsabilidad del Estado; el principio del interés público; el principio de ética pública; el principio de interdicción de la arbitrariedad; el principio de transparencia, entre otros. Si al desviarse de sus fines el funcionario público afecta derechos constitucionales, estos pueden ser amparados a través de la vía constitucional.

12.- Existe una evidente confrontación entre el fundamento jurídico de la desviación de poder y su consideración en el derecho vigente como causa de anulabilidad y vicio convalidable, ya que la convalidación del acto administrativo implica que sea ratificado su contenido eliminando el vicio formal de que adolece. Al afectar este vicio al elemento esencial de la finalidad, debería ser considerado como causa de nulidad de pleno derecho y vicio inconvalidable, siguiendo los juicios realizados por Parada, Atienza, Ruiz, Chinchilla, Cassange, entre otros criterios autorizados.

13.- El control judicial de los actos de la administración pública es trascendental para garantizar el ejercicio legítimo del poder público, los derechos del administrado y evitar la arbitrariedad, siendo objeto del control jurisdiccional contencioso administrativo la desviación de poder.

14.- Los desafíos probatorios de la desviación de poder pueden ser superados, si los administradores de justicia toman conciencia de que la prueba que se ofrezca de este vicio será distinta a la de los vicios que afecten a los elementos objetivos del acto administrativo, como por ejemplo, la competencia. Si el actor acredita de manera suficiente el apartamiento de los fines y principios que guían el ejercicio de la función administrativa, previstos en el ordenamiento jurídico, con prueba que en conjunto sea precisa,



concordante, conducente de manera inequívoca y suficiente para demostrar la existencia del vicio alegado, el juzgador debe declarar la nulidad del acto administrativo, aplicando el artículo 172 del Código Orgánico General de Procesos.

15.- De los casos estudiados, principalmente se puede concluir que la potestad discrecional administrativa no tiene carácter absoluto ni arbitrario, en vista de que no existen actos puramente discrecionales, pues éstos se componen también de elementos reglados como la finalidad, los que son objeto de control por parte de los órganos jurisdiccionales; la finalidad, en particular, a través de la figura jurídica de la desviación de poder, acogida en nuestra legislación.

## Recomendaciones

El análisis del presente trabajo de titulación, motiva sugerir las siguientes recomendaciones:

1.- Que, se capacite a los agentes públicos conforme lo establece el artículo 234 de la Constitución de la República, sobre los fines públicos que justifican la norma jurídica, que les otorga las atribuciones y competencias administrativas que ejercen y, de esta forma, garanticen un actuar legítimo acorde a los principios de buena fe y confianza legítima.

2.- Que, los jueces que conforman los tribunales de lo contencioso administrativo asuman, de manera plena, la tarea fundamental que les corresponde en base al principio de *checks and balances* [pesos y contrapesos], por el que deben ejercer el control judicial de los actos de la administración pública.

3.- Que, los administradores de justicia realicen un control cabal de la garantía de motivación, parte del derecho a un debido proceso, porque asegura la legalidad de la actividad de la administración pública y contribuye a evitar la desviación de poder, en el marco del Estado constitucional de derechos y justicia.

4.- Que, los órganos jurisdiccionales consideren que la institución jurídica de la desviación de poder tiene una importancia trascendental en los Estados constitucionales, porque permite superar el formalismo jurídico y avanzar al control del cumplimiento de los fines públicos, en relación a los principios y más allá de las reglas; lo que exige formación de los juzgadores respecto de los principios y fines que guían la actividad de la administración pública y sobre hermenéutica jurídica.

5.- Que, la Asamblea Nacional del Ecuador apruebe un cuerpo normativo de aplicación general para la administración pública, que frene la inseguridad jurídica que implica la dispersión del Derecho Administrativo positivo en una gran cantidad de leyes, reglamentos, decretos ejecutivos, estatutos, resoluciones, que son reformados, derogados y mutilados al antojo.



6.- Que, la desviación de poder sea considerada dentro de la legislación vigente como causa de nulidad de pleno derecho del acto administrativo y como vicio inconvalidable, pues afecta al elemento finalidad, considerado generalmente por la doctrina como esencial para la legitimidad del acto administrativo, como ya lo propone el Proyecto de Código Orgánico Administrativo.

7.- Que, la jurisprudencia se enriquezca con los parámetros doctrinarios en base a los que los administradores de justicia apliquen la figura jurídica de la desviación de poder, para alcanzar fallos de triple reiteración, a objeto de garantizar un efectivo control del elemento finalidad del acto administrativo; en especial, en los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales.

8.- Que, los profesionales del derecho ejerzan una defensa técnica con argumentos jurídicamente relevantes para que la institución estudiada no sea empleada como una alegación subsidiaria, restándole así su real valor.

9.- Que, la administración pública se abstenga de emplear la potestad sancionatoria con fines recaudatorios, desviándose de los fines que justifican dicha potestad y que en definitiva implican evitar la lesión del interés general, proteger la vigencia del ordenamiento jurídico y la prevención del cometimiento de nuevas infracciones; y, por el contrario, perseguiría fines de conveniencia económica para la administración, que constituyen un falso interés público.

10.- Que, se realicen auditorías y procesos de veeduría ciudadana para determinar, a través de la investigación de campo, si los fondos provenientes de las sanciones pecuniarias son destinados o no al cumplimiento de los fines de la potestad sancionatoria de la administración pública.



## Bibliografía

- Asamblea Nacional Constituyente. (2016) *Constitución de la República del Ecuador*. Guayaquil, Ecuador: Editorial Cervantes Cía. Ltda.
- Asamblea Nacional, (2016) *Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Ecuador. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional. (2015) *Compilación. Código Civil Ecuatoriano. Código Orgánico General de Procesos. Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito, Ecuador: Editorial SofiGraf.
- Asamblea Nacional. (2012) *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Quito, Ecuador: El Forum Editores.
- Asamblea Nacional. (2010) *Ley Orgánica del Servicio Público*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. (2006). *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso de derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder*. Segunda edición. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Bejarano, Daniela. (2014) *Configuración de desviación de poder en los actos administrativos de cesación de funciones de servidoras/es públicos por compra de renuncia obligatoria*. (Tesis previa a la obtención del título de abogada). Universidad Central Del Ecuador. Quito, Ecuador.
- Chamorro, Diego. (2009) *Efectos de los vicios de la voluntad en el acto administrativo*. (Tesis de Maestría en Derecho Administrativo). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador.
- Chinchilla, Carmen. (1999) *La desviación de poder*. Segunda Edición. Madrid, España: Editorial Civitas.
- CIDH. (2015) *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 22 de Junio de 2015*. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_293\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_293_esp.pdf)



- Cueva, Luis. (2011) *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Primera edición. Tomo II. Ediciones Cueva Carrión. Quito, Ecuador.
- Dromi, Roberto. (2008) *Acto administrativo*. Cuarta edición. Madrid, España: Editorial Hispania Libros.
- Dromi, Roberto. (2001) *Derecho Administrativo*. Novena edición. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ciudad Argentina.
- Duran, Elena. (2006) *Justicia Contencioso Administrativa: Su activación a través de los recursos previstos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ecuatoriana*. (Tesis de Maestría en Derecho Administrativo). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador.
- Fernández, Emilio. (1981) *Diccionario de Derecho Público*. Tercera edición. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ciudad Argentina.
- González, Francisco. (1997) *Derecho administrativo español. El acto y el procedimiento administrativo*. Pamplona: España. Editorial EUNSA.
- Gordillo, Agustín. (2015) *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*. Tomo 2. Buenos Aires, Argentina: Editorial Macchi.
- Granda, Víctor. (2016) *Proyecto de Código Orgánico Administrativo*. Boletín Informativo Spondylus. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de <http://www.uasb.edu.ec/documents/10181/1273859/VictorGranda+%5BCodigoOrganicoAdm%5D.pdf/6d0dec2a-34da-4d8f-a7a8-86d6b1534a4c>
- Hitters, Juan. (2008) *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)* Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 10, (131-156) Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/mxrcele/r25295.pdf>
- Jaramillo, Hernán. (2013) *Manual de Derecho Administrativo*. Primera edición. Loja, Ecuador: EDILOJA Cía. Ltda.





- Lexis. (2002) *Gaceta Judicial*. Serie XVII. Número 9. Quito, Ecuador: Lexis. Recuperado de <http://www.lexis.com.ec>.
- Lexis. (2003) *Gaceta Judicial*. Serie XVII. Número 14. Quito, Ecuador: Lexis. Recuperado de <http://www.lexis.com.ec>.
- Lexis. (2002) *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Quito, Ecuador: Lexis. Recuperado de <http://www.lexis.com.ec/website/recursos/leyes/Leyes/Reglamentos.aspx>
- Moreno, Jorge. (2014) *Módulo de Derecho Administrativo 1*. Cuenca, Ecuador: Editorial Unidad de Cultura de la Universidad de Cuenca.
- Nasser, Marcelo. (2006) Chinchilla Marín, Carmen (1999): *La desviación de poder*. Revista Chilena de Derecho. 33(3), 2-5. Santiago, Chile: Editorial de la Universidad Católica de Chile. Recuperado en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000300010>
- Nesvara, José. (2015) *Principio de conservación de los actos administrativos*. (Tesis para la obtención del título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Chile. Santiago, Chile.
- Oliveros, Mauricio. (2010) *La Potestad Sancionadora Disciplinaria en El Magisterio*. (Tesis previa a la obtención del título Maestría en Derecho Administrativo) Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador. Recuperado de <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2274/1/T0943-MDE-Oliveros-La%20potestad.pdf>
- Omeba, Bibliográfica. (2012) *Enciclopedia jurídica Omeba*. México, México D.F. Editorial Bibliográfica Omeba.
- Ossorio, Manuel. (1981) *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Eliasta.
- Parada, Ramón. (2012) *Derecho Administrativo 1. Parte general*. Decimoctava edición. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.



Sanmartín, Juan. (2002) *Principios del Derecho Administrativo*. Tomo 2. Tercera edición. Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Santamaría, Juan. (2014) *Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos*. Revista de Administración Pública. Madrid, España. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4935397.pdf>

Segura, Romina. (2014) *Naturaleza jurídica y fundamento constitucional de la potestad punitiva de la Administración del Estado*. Revista de Derechos Fundamentales, 11, (163-194) Recuperado de <http://www.derechosfundamentales.cl/revista/11.163-194.Segura.pdf>

Schmidt, Eberhard. (2003) *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid, España. Editorial Marcial Pons. Recuperado de [http://www.uhu.es/javier\\_barnes/Other\\_Publications\\_files/La%20teoria%20Ogeneral%20del%20derecho%20administrativo%20como%20sistem0001.pdf](http://www.uhu.es/javier_barnes/Other_Publications_files/La%20teoria%20Ogeneral%20del%20derecho%20administrativo%20como%20sistem0001.pdf)

Villacreses, Jaime. (2015). *El principio de interdicción de la arbitrariedad, en la emisión de actos administrativos de la Administración Pública, a la luz de la Constitución de la República 2008*. (Tesis de Maestría en Derecho Administrativo). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador.

Wilches, Solón. (1974) *Manual de Derecho Administrativo*. Tercera edición. Bogotá, Colombia. Editorial Tecnos.

Yépez, Héctor. (14 de septiembre de 2015) Dos caminos, un solo Ecuador. *Diario La República*. Recuperado de <http://www.larepublica.ec/blog/opinion/2015/09/14/dos-caminos-un-solo-ecuador/>

Zavala, Jorge. (2010) *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil, Ecuador: Editorial Edilex S.A.